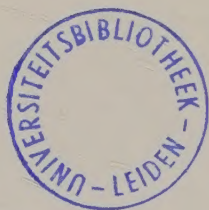


DIE WERTSICHERUNG
DES ERBBAUZINSES

Matthias Ostermeier

1965



DIE WERTSICHERUNG DES ERBBAUZINSES

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Matthias Ostermeier

1965

Referent: Professor Dr. Dr. h. c. W. KUNKEL
Korreferent: Professor Dr. E. GERNER

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 7. 1965
(Schlußberatung)

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
A	Einleitung: Die wohnungspolitische Bedeutung des Erbbaurechts und seine geschichtliche Entwicklung	1
B	Die Wertsicherung des Erbbauzins	
§ 1	Grundzüge des Erbbaurechts nach der Verordnung von 1919	3
§ 2	Versuche der Praxis den Erbbauzins wertbeständig festzulegen	5
	I. Die Vereinbarung von Sachleistungen	5
	II. Die Vereinbarung von Gleitklauseln	7
§ 3	Die Zulässigkeit der von der Praxis entwickelten Wertsicherungsklauseln im Hinblick auf § 9 ErbbVO	8
	I. Die Bedeutung des § 9 Abs. 1 ErbbVO	8
	II. Der Anspruchsberechtigte bei der Vereinbarung eines schuldrechtlichen Erbbauzins	9
	III. Die Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO	10
	a) Das Verbot der dinglichen Gleitklauseln	10
	b) Die Ansicht Rings	10
	c) Die Widerlegung dieser Auffassung	11
	d) Die Zulässigkeit von schuldrechtlichen Gleitklauseln neben dem dinglichen Zins	12
	IV. Die Zulässigkeit von Sachwertklauseln	13
	a) Die Vereinbarung einer reinen Sachschuld als Erbbauzins	14
	b) Die Eintragung eines Wahlschuldverhältnisses bzw. einer Ersetzungsbefugnis	15
	c) Das Verbot eines Wahlschuldverhältnisses bzw. einer Ersetzungsbefugnis, die eine Abhängigkeit des Geldbetrages vom Warenwert vorsieht	15
	d) Der goldpreisabhängige Erbbauzins	16
§ 4	Die dingliche Sicherung der schuldrechtlichen Gleitklauseln durch eine Vormerkung	19
	I. Enthalten die schuldrechtlichen Gleitklauseln einen vormerkungsfähigen Anspruch	19
	a) Die Eignung der Vormerkung zur Sicherung des Erhöhungsanspruches	19

IV

b)	Der schuldrechtliche Charakter der Gleitklauseln	19
c)	Die Auslegung der Gleitklauseln	20
d)	Der subjektiv-persönliche Charakter der Vormerkung	23
e)	Die Verpflichteten und Berechtigten	23
f)	Die Rechtsnatur des Erhöhungsanspruches	24
g)	Das Erfordernis der Bestimmbarkeit beim künftigen Anspruch	25
II.	Eigene Stellungnahmen zu einzelnen Gerichtsentscheidungen hinsichtlich der Bestimmbarkeit des künftigen Anspruchs	27
a)	OLG Oldenburg	27
b)	BGHZ 22 S. 220 ff.	29
c)	LG Bochum	31
d)	OLG Dresden	32
III.	Erfaßt der Vormerkungsschutz alle Änderungsfälle?	32
IV.	Die Vereinbarkeit der Vormerkungswirkung mit § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO	35
a)	Die Auffassung von Haegele und Kehler	35
b)	Eigene Stellungnahme	36
V.	Die sog. "halbwirksame" Vormerkung	39
VI.	Der freiwillige Verzicht auf die Rangwirkung der Vormerkung	41
§ 5	Die Bedeutung der Vormerkung im Falle der Herabsetzung des Zinses	43
I.	Die Berechtigten und Verpflichteten bei einer Herabsetzung	43
II.	Die auftretenden Schwierigkeiten bei der Herabsetzung des Zinses	44
III.	Die Unzweckmäßigkeit der Vormerkung im Herabsetzungsfall	45
§ 6	Die Höchstbetragshypothek als Sicherungsmittel für die künftige Erhöhung des Erbbauzinses	47
I.	Das Wesen der Höchstbetragshypothek	47
II.	Liegt eine verbotene Umgehung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO vor?	48
III.	Ähnliche Formen der dinglichen Sicherung	51

§ 7	Die Beurteilung der Neuordnungsvorschläge zum Erbbau- zinsrecht	52
I.	Der Vorschlag Ermans	52
II.	Der Vorschlag Lierts	53
III.	Der Vorschlag Müllers	53
IV.	Der Vorschlag Stahlhackes	54

§ 8	Die Genehmigungsbedürftigkeit dieser Wertsicherungsklauseln nach § 3 S. 2 WährG	55
I.	Die Bedeutung des § 3 S. 2 WährG für die Sachwert- klauseln	55
	a) Die Vereinbarung eines Wahlschuldverhältnisses bzw. einer Ersetzungsbefugnis mit fest bestimmten Größen	55
	b) Die Abhängigkeit des Geldbetrages vom Wert der vereinbarten Ware	56
II.	Die Vereinbarung von Gleitklauseln	58
III.	Die einengende Auslegung des § 3 S. 2 WährG durch die Deutsche Bundesbank	59
IV.	Die Stellungnahme des BGH zu dieser Auslegung	60
V.	Die eigene Auffassung	60
VI.	Die Vereinbarung von Spannungsklauseln	61
	a) Begriffsbestimmung	61
	b) Die Anpassung des Erbbauzinses an ein bestimmtes Beamtengehalt	61
	c) Die Anpassung des Erbbauzinses an den Grundstücks- wert	62
	d) Die Anpassung des Erbbauzinses an den Mietzins	63
VII.	Die Bedeutung des Negativattestes der Deutschen Bundesbank	63
VIII.	Das Fehlen der Genehmigung der Deutschen Bundesbank	64

C	Schluß: Die Bedeutung der Wertsicherungsklauseln	65
---	--	----

	Lebenslauf	66
--	------------	----

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentare

- Erman, Handkommentar zum BGB in 2 Bänden, 3. Auflage, Münster 1962
- Glaß-Scheidt, Kommentar zur Erbbaurechtsverordnung, 2. Auflage, Berlin 1930
- Günther, Erbbaurecht, Leipzig 1919
- Güthe-Triebel, Kommentar zur GBO, 6. Auflage, Berlin 1936/37
- Ingenstau, Kommentar zum Erbbaurecht, 3. Auflage, Düsseldorf 1964
- Ingenstau-Schnitzler, Kommentar zur Erbbaurechtsverordnung, 2. Auflage,
Düsseldorf 1956
- Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 23. Auflage 1964
- Planck, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 5. Auflage, 1933
- Reichsgerichtsrätekommentar, Sachenrecht 2. Teil (Bearbeiter: Johannes Denecke,
Dr. Wilhelm Kregel, Heinz Schuster) 11. Aufl.
Berlin 1963
- Samoje, Kommentar zur Erbbaurechtsverordnung, Berlin 1919
- Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Band I (§ 1 - 432) 9. Auflage,
Stuttgart 1959
- Band III Sachenrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1960
- Staudinger, Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957
- Sachenrecht 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1956
- Sachenrecht 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1963

Lehrbücher

- Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage 1963
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. und 2.
Halbband, 15. Auflage 1959
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage 1958
- Enneccerus-Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Auflage 1957

- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 6. Auflage 1963
Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Auflage 1960

Monographien und Aufsätze

- Alberty, Der Anspruch auf Neufestsetzung des Erbbauzinses und seine Sicherung.
Rpfleger 1956 S. 330 ff.
- Amtliche Begründung zum Entwurf eines Reichsgesetzes über das Erbbaurecht.
Deutscher Reichsanzeiger vom 3.5.1918
- Amtliche Begründung zur ErbbVO. Deutscher Reichsanzeiger 1919 Nr. 26
1. Beilage
- Czyhlarz von, Institutionen des Römischen Rechts 1919
- Dittrich, Erbbaurecht, DRiZ 1918 S. 204
- Dres und Reinicke, Anmerkung zum Urteil des LG München. DNotZ 1952 S. 224
Wertsicherungsklauseln, MDR 1953 S. 385
- Dümchen, Schuld und Haftung. JheringsJ 54 S. 355 ff.
- Dürkes, Wertsicherungsklauseln. 6. Auflage 1964
- Eichler, Institutionen des Sachenrechts. Band II/2, Berlin 1960
- Eppig, Wertsicherung. NJW 1949 S. 531 ff.
- Erman, Das Erbbaurecht. Die Ergebnisse des Wiener Juristentages und unsere
Forderungen an das Reichsamt des Inneren.
Jahrbuch der Bodenreform 1912 S. 254
- Der Erbbaugesetzentwurf des Reichswirtschaftsrates.
Westfälisches Wohnungsblatt 1918 S. 132
- Verbesserungsvorschläge für eine etwa erfolgende Neuordnung der ErbbVO
vom 15.1.1919. Westfälisches Wohnungsblatt 1919 S. 66
- Die Bestimmtheit des Erbbauzinses. Deutsches Wohnungsarchiv 1927
S. 244
- Fögen, Ist nach der gegenwärtigen Rechtslage noch die Bestellung von goldpreis-
abhängigen Hypotheken möglich? NJW 1956 S. 1824
- Bedeutung, Anwendungsbereich und Grundsätze bei der Anwendung des
§ 3 S. 2 des Währungsgesetzes ("Sachwertklauseln") BB 1958 S. 1259 ff.

- Goltz, von der, Anmerkung zum Urteil des BGH in BB 1952 S. 88 Nr. 229
- Günther, Die Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919. JW 1919 S. 357
- Haegeler, Anmerkung zum Urteil des AG Eitorf. Rpfleger 1956 S. 132
- Haegeler-Kehrer, Anspruch auf Neufestsetzung des Erbbauzinses und seine Sicherung. Rpfleger 1957 S. 6
- Hoche, Anmerkung zur Entscheidung des LG Aurich. NJW 1953 S. 1027
- Huber, Zur Beleihung von Erbbaurechten. NJW 1952 S. 687
- Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Privatrecht. 3. Auflage 1949
- Kehrer, Die Höhe des Erbbauzinses. BWNotZ 1955 S. 249 ff.
- Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes. Winterthur 1960
- Kretschmar, Das neurechtliche Erbbaurecht. Leipzig 1919
- Lange, Über Währungsklauseln im Landwirtschaftsrecht. NJW 1950 S. 250
- Lierts, Gedanken um das Erbbaurecht nebst Gesetzentwurf. Jahrbuch der Bodenreform 1941 S. 94
- Meixner, Der Erbbauzins nach der Verordnung vom 15. 1. 1919. Diss. Würzburg 1924
- Mohrbuter-Riedel, Zweifelsfragen zum Erbbaurecht. NJW 1957 S. 1500
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band III, Sachenrecht, Berlin 1896
- Müller, Vorschlag für die Neugestaltung der Erbbaurechtsverordnung und ein neues Erbwohnrecht nebst Begründung. Frankfurt 1950
- Entwurf für die Neugestaltung der Erbbaurechtsverordnung (nach dem Vorschlag von Müller mit Ergänzungsvorschlägen).
Herausgegeben von der Verbindungsstelle des Volksheimstättenwerkes
beim Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten.
Frankfurt 1951
- Örtmann, Vom Erbbaurecht, in Soziale Streitfrage Heft 11
- Palandt, Die Grundstückseigenschaften des Erbbaurechts. Gruchot 63 S. 657
- Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. München 1905

- Pesch, Die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts nach der Verordnung vom 15.1.1919. Diss. Erlangen 1933
- Pesl, Zur besseren Regelung des Erbbaurechts. Annalen des Deutschen Reiches 1915 S. 225 ff.
- Pribram, Sind für die Zwecke der Beleihung von Erbbaurechten durch Hypothekenbanken und andere Kreditinstitute die Bestimmungen des geltenden Rechts ausreichend oder erscheint - und in welchem Sinne - eine Ergänzung dieser Bestimmungen geboten? Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages Band 2 S. 174 ff.
- Regelsberger, Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers. JheringsJ 16 S. 159 ff.
- Reichel, Die Umschreibung der Vormerkung. Leipzig 1905
- Reithmann, Die Wertsicherungsklauseln in der neueren Rechtsprechung. DNotZ 1960 S. 172 ff.
- Ripfel, Konkretisierte Bestellung des Erbbaurechts NJW 1957 S. 1826
Variabler Erbbauzins? DNotZ 1958 S. 455 ff.
Wertsicherungsklausel oder Spannungsklausel bei der Vereinbarung der Verpflichtung zur Neufestsetzung und Neubestellung des Erbbauzinses? BWNotZ 1963 S. 134 ff.
- Röll, Zur dinglichen Sicherung des Anspruchs auf Neufestsetzung des Erbbauzinses durch Eintragung einer Vormerkung. DNotZ 1962 S. 243 ff.
- Sauerländer, Das neue Erbbaurecht. Leipziger Zeitschrift 1919 S. 306
- Stahlhacke, Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts. 2. Auflage Tübingen 1960
- Stübgen, Sind für die Zwecke der Beleihung von Erbbaurechten durch Hypothekenbanken und andere Kreditinstitute die Bestimmungen des geltenden Rechts ausreichend oder erscheint - und in welchem Sinne - eine Ergänzung dieser Bestimmungen geboten? Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages Band 2 S. 38 ff.
- Szagunn, Fragen der rechtsgeschäftlichen Wertsicherung BB 1955 S. 969 ff.
- Troll, Die Vorschriften des Gesetzes zur Änderung des Bewertungsgesetzes aus Anlaß der Vermögenssteuer-Hauptveranlagung 1963. BB 1963 S. 930 ff.
- Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes. Zürich 1917
- Voß, Die Abfassung von Erbbaurechtsverträgen. DNotZ 1931 S. 386, 452, 506

Wangemann, Unbestimmter Erbbauzins und dingliche Sicherung. NJW 1957 S. 978

Die Sicherung des steigenden Erbbauzinses. DNotZ 1959 S. 174 ff.

Anmerkung zum Urteil des LG Bochum NJW 1960 S. 153

Weitnauer, Wertsicherungsklauseln beim Erbbauzins. DNotZ 1957 S. 295 ff.

Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht. Münster 1955

Entscheidungen zu § 9 Erbbauverordnung

LG München	DNotZ 1952 S. 220 ff.
LG Aurich	NJW 1953 S. 1027
OLG Celle	DNotZ 1955 S. 315 ff.
LG Arnsberg	NJW 1955 S. 425
OLG Hamm	Rpfleger 1955 S. 232
OLG Oldenburg	DNotZ 1956 S. 253 ff.
LG Bonn	NJW 1956 S. 1566
BGH	DNotZ 1957 S. 300 ff. = NJW 1957 S. 98 ff. = BGHZ 22 S. 220 ff.
OLG Karlsruhe	BWNotZ 1958 S. 128
OLG Stuttgart	NJW 1958 S. 2019
BGH	DNotZ 1960 S. 380
LG Bochum	NJW 1960 S. 153
OLG Hamm	JMB1NRW 1960 S. 135
LG Hamburg	Rpfleger 1960 S. 170
OLG Oldenburg	NJW 1961 S. 2261
OLG Hamm	DNotZ 1962 S. 31 ff. = JMB1NRW 1962 S. 8
OLG Oldenburg	DNotZ 1962 S. 251
OLG Hamm	DNotZ 1964 S. 346 = NJW 1963 S. 1502

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bay. ObLGZ	Bayerisches Oberstes Landgericht und dessen Entscheidungen in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariatswesen in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitung (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DWohnA	Deutsches Wohnungsarchiv
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ErbbVO	Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.1.1919

evtl.	eventuell
GBO	Grundbuchordnung
gem.	gemäß
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot
h. M.	herrschende Meinung
JFG	Jahrbuch der Entscheidungen der freiwilligen Gerichts- barkeit
JheringsJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JMBL, NRW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
JW	Juristische Wochenschrift
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannt
SR	Sachenrecht
usw.	undsowweiter
vgl.	vergleiche

XIV

WährG	Währungsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
z. Zt.	zur Zeit

E I N L E I T U N G

DIE WOHNUNGSPOLITISCHE BEDEUTUNG DES ERBBAURECHTS
UND SEINE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Durch die in diesem Jahrhundert verstärkt einsetzende Landflucht gab es schon lange vor Beginn des zweiten Weltkriegs eine latente Wohnungsnot in Deutschland. Diese trat besonders in den schnell wachsenden Großstädten in Erscheinung. Durch die Zerstörungen des zweiten Weltkriegs wurde die bisher verborgen vorhandene Wohnungsnot zu einer Wohnungskatastrophe ungeahnten Ausmaßes. Die Situation wurde noch durch das Einströmen der Vertriebenen aus den deutschen Ostgebieten und der politischen Flüchtlinge aus der sowjetischen Besatzungszone verschärft. 1952 wohnten in der Bundesrepublik mehr als 48 Millionen Menschen in 13 Millionen Haushaltungen, während nur 8,6 Millionen Wohnungen vorhanden waren. Nach einer Mitteilung des Staatssekretärs Dr. Wandersleb im Bulletin der Bundesregierung vom 7. 2. 52 betrug der Fehlbestand an Wohnungen mehr als 5 Millionen Einheiten. Bis heute konnte zwar dank der enormen Bautätigkeit das Wohnungsdefizit wesentlich vermindert werden, aber es fehlten auch 1964 noch nahezu 300 000 Wohnungen ¹⁾. Infolge der großen Bevölkerungsverschiebung in der Nachkriegszeit haben bestimmte bevorzugte Großstädte ²⁾ und deren Randgebiete noch unter einer großen Wohnungsnot zu leiden. Insbesondere fehlt es an preisgünstigen Wohnungen für größere Familien.

Als eines der größten Hindernisse bei der Schaffung neuen Wohnraums hat sich der Mangel an geeignetem Bauland herausgestellt. Vor allem ist es schwierig, an bevorzugten Plätzen Bauland zu tragbaren Preisen zu erhalten. Viele Grundstückseigentümer sind überhaupt nicht mehr gewillt, Bauland aus der Hand zu geben. Dem Bauwilligen, der das Eigentum am Bauplatz nicht erhalten kann, bleibt daher nichts anderes übrig, als sich eine anderweitige, zum Bauen ausreichende Verfügungsmacht über das Grundstück zu verschaffen. Eine solche Rechtsmacht über ein Grundstück gewährt in vollkommener Weise neben dem Eigentum das Erbbaurecht. Es verschafft seinem Inhaber das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben ³⁾. Da der Bauwillige nicht Eigentümer des Grundstücks wird, braucht er auch kein Geld zum Erwerb des Bodens aufzuwenden. Er bezahlt für die Zeit der Überlassung des Bau- grounds in bestimmten Zeitabschnitten ein angemessenes Entgelt als Erbbauzins.

1) Schätzung des Mieterbundes am Ende des Jahres 1964.

2) Z. B. hatte München anfangs 1965 43 937 Wohnungsuchende in Dringlichkeitsstufe I.

3) Vgl. § 1 Abs. 1 ErbbaurechtsVO.

Es liegt auf der Hand, daß diese Art der Bodennutzung auch dem wirtschaftlich Schwachen die Möglichkeit gibt, selbst zu bauen, da er den Kaufpreis für den Baugrund nicht aufzubringen braucht. Besonders nach dem zweiten Weltkrieg hat sich die Ausgabe von Erbbaurechten sehr stark erhöht ⁴⁾. Das Erbbaurecht muß somit als ein wertvolles Instrument sozialer, staatlicher Boden- und Wohnungspolitik angesehen werden.

Das Erbbaurecht ist keine Erfindung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses Recht war bereits als superficies im römischen Recht bekannt, wenn es auch dort nicht stark verbreitet war ⁵⁾. Im römischen Recht verstand man darunter das vererbliche Recht auf fremden Boden für einen längeren Zeitraum (z. B. 99 Jahre) ein Gebäude zu halten, das meist erst vom Berechtigten errichtet werden sollte ⁶⁾. Als Entgelt für die Überlassung des Grundstücks wurde ein Bodenzins (solarium) erhoben. Obwohl die Superficies durch Mietvertrag (locatio conductio) bestellt wurde, hatte der Superficiar eigentümerähnliche Befugnisse. Dennoch galt für das errichtete Bauwerk der Grundsatz: Superficies solo cedit ⁷⁾.

Auch das altdeutsche Recht kannte das Bauen auf fremden Grund. Ursprünglich war der Grund und Boden Eigentum der Gemeinschaft; der Einzelne war nur Nutzungsberechtigter. Mit dem Entstehen des Großgrundbesitzes in der Hand der Könige, der Kirche und des Adels entwickelte sich auch allmählich die eigentliche Bodenleihe in Form des Lehens, der Zins- oder Erbpacht. Die meisten deutschen Städte waren auf der Rechtsgrundlage der sogenannten "städtischen Bauleihe" erbaut. Nach der Rezeption des römischen Rechts wurde die Superficies mit den deutschen Leihverhältnissen verschmolzen. Daraus entstanden die Superficiar-Platz- und Kellerrechte ⁸⁾. Seit Savigny wurden diese Rechte als Beschränkung des Grundeigentums aufgefaßt ⁹⁾. Die praktische Bedeutung dieser Nutzungsrechte an fremden Grund und Boden war jedoch gering, da im 19. Jahrhundert das freie Grundeigentum bevorzugt wurde. Die Verfasser des BGB sahen in der Superficies Reste eines absterbenden Rechtsgebildes ¹⁰⁾. Die Motive führen dazu aus: Die

4) Nach einer Mitteilung des Grundbuchamtes München wurden nach dem zweiten Weltkrieg im Amtsgerichtsbezirk München mehr als 6 500 Erbbaurechte eingetragen. Im Amtsgerichtsbezirk Freising beträgt die Zahl nahezu 100 - zum Vergleich: bis 1945 3 Erbbaurechte.

5) Örtmann, Vom Erbbaurecht, in Soziale Streitfrage Heft 11 S. 26.

6) Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Privatrecht 3. Aufl. 1949, § 90.

7) Karl Ritter von Czychlarz, Institutionen des Römischen Rechts 1919 S. 128.

8) Staudinger-Ring, Vorbemerkung III zur Erbbaurechtsverordnung.

9) Gruchot, Beiträge Band 40, Beilage S. 1131; vgl. auch Preuß. Allgemeines Landrecht I. Teil, Titel 22, §§ 243 - 246.

10) Günther, JW 1919 S. 357.

Superficies kommt nur sporadisch vor ¹¹⁾. Weiter bemerken sie hierzu: Für das Vorhandensein eines Bedürfnisses die Begründung der Superficies zuzulassen, spricht der Umstand, daß das geltende Recht die Begründung von Rechten, welche dem Zweck der römischen Superficies dienen, erlaubt und nur in Ansehung der juristischen Konstruktion Abweichungen stattfinden ¹²⁾. Die Aufnahme in das BGB erfolgte im wesentlichen nur deshalb, weil man ein althergebrachtes Rechtsinstitut nicht einfach beiseite schieben wollte. Da man bei der Abfassung des BGB an eine spezialpolitische Verwendung des Erbbaurechts nicht dachte, ist seine Regelung in sechs Paragraphen (§§ 1012 - 1017 BGB) sehr abstrakt und lückenhaft ausgefallen. Besonders nachteilig für die Verbreitung des Erbbaurechts wirkte sich die Tatsache aus, daß der Grundeigentümer für alle möglichen Fälle auflösende Bedingungen zu seinen Gunsten vereinbaren konnte und dadurch den Erbbauberechtigten der Gefahr des vorzeitigen Erlöschens des Rechts aussetzte. Durch diese Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Fortbestands fand sich auch kaum jemand bereit, ein Erbbaurecht zu beleihen. Ferner war die Sicherung des Erbbauzinses im Gesetz überhaupt nicht erwähnt.

DIE WERTSICHERUNG DES ERBBAUZINSES

§ 1

GRUNDZÜGE DES ERBBAURECHTS NACH DER VERORDNUNG VON 1919

Erst durch die Erbbaurechtsverordnung vom 15. 1. 1919, die das gesamte Erbbaurecht neu regelte, wurden die Voraussetzungen für seine praktische Verwendbarkeit geschaffen. Gemäß § 1 Abs. 1 dieser Verordnung ist das Erbbaurecht das dingliche, d. h. grundbuchmäßige, gegen Dritte wirkende Recht zur Nutzung fremden Baugrundes. Der Eigentümer des Erbbaugrundstückes behält das nackte, formelle Eigentum am Grund und Boden. Der Erbbauberechtigte nützt das Grundstück als Baugrund kraft eigenen Rechts. Das Erbbaurecht selbst wird juristisch einem Grundstück gleichgestellt (§ 11 Abs. 1 ErbbVO). Man spricht von einem sog. juristischen Fundus. Das Erbbaurecht erhält ein eigenes Grundbuchblatt (§ 14 ErbbVO) und kann selbständig mit Grundpfandrechten belastet werden (§§ 11 Abs. 1; 18 ErbbVO). Dadurch gleicht das Erbbaurecht praktisch dem Eigentum. Der Unterschied zur Miete und Pacht, die wirtschaftlich gesehen dem Erbbaurecht ähnlich sind, liegt darin, daß das Erbbaurecht als Sachenrecht im Gegensatz zu

11) Motive zum BGB III, S. 467 Nr. 4.

12) Motive III S. 466 Nr. 1.

der bloß schuldrechtlichen Miete und Pacht gegen jeden Dritten durchgreift. Nur der Erbbauberechtigte, nicht der Mieter oder Pächter kann sein Recht veräußern, nur er kann es mit Grundpfandrechten belasten. Wie jedes Sachenrecht kann das Erbbaurecht auf lange Dauer, ja sogar auf unbegrenzte Zeit, bestellt werden, während der Mietvertrag nach 30 Jahren gekündigt werden kann¹³⁾. Der Mieter oder Pächter hat nur ein Recht zum Besitz (vgl. § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB¹⁾, der Erbbauberechtigte erwirbt das Eigentum an dem von ihm regelmäßig erst zu errichtenden Bauwerk. Dies folgt aus § 12 Abs. 1 S. 1 ErbbVO in Verbindung mit § 94 BGB, wonach ein derartiges Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt.

Bestritten dagegen ist die Frage, ob ein schon vor der Bestellung des Erbbaurechts vorhandenes Bauwerk, das bis dahin als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Eigentum des Grundstückseigentümers stand, in dessen Eigentum bleibt¹⁴⁾ oder, ob es in das Eigentum des Erbbauberechtigten übergeht.

§ 12 Abs. 1 S. 2 ErbbVO bestimmt, daß ein schon vorhandenes Bauwerk mit Bestellung des Erbbaurechts als dessen wesentlicher Bestandteil gilt. Der Gesetzgeber hat also das Bauwerk aus seiner bisherigen Zugehörigkeit zum Baugrund gelöst und statt dessen die Verbindung mit dem Erbbaurecht als dessen wesentlicher Bestandteil geschaffen. Da das Erbbaurecht nach § 11 Abs. 1 ErbbVO als juristisches Grundstück gilt und der Erbbauberechtigte als der Eigentümer dieses juristischen Fundus zu behandeln ist, erwirbt er kraft Gesetzes (§ 94 BGB) die Rechtsstellung eines Eigentümers an allen wesentlichen Bestandteilen dieses fiktiven Grundstücks, also auch an dem schon vorhandenen Bauwerk¹⁵⁾.

13) vgl. § 567 S. 1 BGB.

14) So RGRK § 12 Anm. 2 ErbbVO und Staudinger-Kober 10. Aufl. § 12 Anm. 2b ErbbVO.

15) So auch Wolff-Raiser SR § 104 II 1, Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 12 Rd. Nr. 12 und die 11. Aufl. Staudinger-Ring § 12 Rd. Nr. 12. Nach der gegenteiligen Auffassung des RGRK bliebe dem Grundstückseigentümer nur ein theoretisches Eigentum an dem Bauwerk, da er keinerlei Verfügungsmacht über dieses während der Erbbaupzeit hat. Er kann es weder veräußern noch sonst wie nutzen. Außerdem erlischt gem. § 12 Abs. 1 S. 3 ErbbVO die Haftung des Bauwerks für etwaige Belastungen des Baugrundes. Ließe man das Eigentum des Grundstückseigentümers an dem Bauwerk fortbestehen, so könnte der Erbbauberechtigte über fremdes Eigentum kraft seines Erbbaurechts ohne oder sogar gegen den Willen des Eigentümers verfügen, da das Erbbaurecht seinem Wesen nach veräußerlich ist. Diese Folge wäre nach dem geltenden Rechtssystem nicht unbedenklich (so Ingenstau a. a. O.).

Eine besondere Sorgfalt hat der Ordnungsgeber der Sicherung der Belastung des Erbbaurechts zugewendet, um dadurch die Beleihungsfähigkeit zu gewährleisten. Hierher gehören das Verbot von auflösenden Bedingungen (§ 1 Abs. 4 ErbbVO), die Sicherung des Erbbaurechts bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 25 ErbbVO), das unabdingbare Gebot der ersten Rangstelle für das Erbbaurecht (§ 10 ErbbVO) und die Vorschrift, daß der Erbbauzins von Anfang an ziffernmäßig bestimmt sein muß (§ 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO). Insbesondere die letzte Bestimmung hat bei der Neuausgabe von Erbbaurechten große Bedeutung erlangt. Denn die Grundstückseigentümer versuchen heute durch böse Erfahrungen in zwei Inflationen gewarnt, den Erbbauzins im Erbbaurechtsbestellungsvertrag wertbeständig festzulegen. Die Vereinbarung von sog. Wertsicherungsklauseln läßt sich nicht ohne weiteres mit der Erbbaurechtsverordnung in Einklang bringen, da dieser die Wertsicherung des Zinses grundsätzlich fremd ist. Der damalige Gesetzgeber konnte nicht vorhersehen, daß das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der Erbbauphase einmal durch wirtschaftliche Katastrophen gestört werden könnte. Die Geldwertstabilität war für ihn eine Selbstverständlichkeit.

§ 2

VERSUCHE DER PRAXIS DEN ERBBAUZINS WERTBESTÄNDIG FESTZULEGEN

Die Praxis will die wertbeständige Festlegung des Erbbauzinses dadurch erreichen, daß an Stelle von Geldzahlungen Sachleistungen als Erbbauzins vereinbart werden, so z. B. die Lieferung einer bestimmten Menge an Kohle, Roggen, Stahl usw. Diese sog. Sachwertklauseln widersprechen dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 S. 1 ErbbVO nicht. In dieser Vorschrift ist bestimmt: "Wird für die Bestellung eines Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen, so finden die Vorschriften des BGB über Reallasten entsprechende Anwendung". Der Gesetzgeber mag zwar bei der Schaffung der Erbbaurechtsverordnung ursprünglich nur an eine Geldrentenreallast gedacht haben, zwingend vorgeschrieben hat er aber eine Geldleistung als Erbbauzins nicht. In § 9 Abs. 1 S. 1 ErbbVO ist nur allgemein von wiederkehrenden Leistungen die Rede. Mit dem Wort "Erbbauzins" ist nicht begriffsnotwendig eine fortlaufende Geldzahlung verbunden. "Zins" bedeutet ursprünglich nur Rendite für das eingesetzte Kapital. Diese kann durchaus auch in Warenlieferungen bestehen. Der Ausdruck "Zins" ist hier nur verwendet worden, weil dadurch die wiederkehrenden Leistungen am treffendsten charakterisiert werden.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Zulässigkeit der Vereinbarung von Sachleistungen als Erbbauzins ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des BGB über Reallasten. Denn für das Recht der Reallasten ist allgemein anerkannt ¹⁶⁾, daß als Reallast positive Leistungen (dare oder facere) irgendwel-

16) Vgl. Dümichen, JheringsJ 54 S. 355 (425); Staudinger-Dittmann § 1105 Rd. Nr. 11.

cher Art vereinbart werden können. Aus der Verweisung folgt daher, daß als Erbbauzins grundsätzlich alle die Sachleistungen vereinbart werden können, die auch bei Reallasten zulässig sind ¹⁷⁾.

Im Schrifttum werden allerdings gegen die wahllose Zulassung von Sachleistungen bei Reallasten Bedenken erhoben, da es in der Legaldefinition in § 1105 BGB heißt, daß die wiederkehrenden Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. Diese Definition wird von Dittmann ¹⁸⁾ und Hoche ¹⁹⁾ in dem Sinn verstanden, daß zwischen Grundstück und Sachleistung eine Beziehung bestehen müsse, etwa in der Art, daß die Sachleistungen Erträge des Grundstücks sein müssen. Wenn man dieser strengen Auslegung des Begriffs "Reallast" folgte, so könnten nur solche Sachleistungen als Erbbauzins vereinbart werden, die, wenn auch nur mittelbar, als Ertrag des Erbbaurechts anzusehen sind. Nach dieser Auffassung wäre aber in den allermeisten Fällen die Vereinbarung einer Sachleistung als Erbbauzins ausgeschlossen, da die Erbbaurechte fast ausschließlich ausgegeben werden, um den Bau von Einfamilienhäusern ohne eigenen Grund und Boden zu ermöglichen. Aus Hausgrundstücken können aber niemals Sacherträge (z. B. Kohle, Stahl, Roggen usw.) erzielt werden.

Die Meinung von Dittmann und Hoche geht auf das gemeine Recht zurück. Damals wurde eine Beziehung zwischen Reallast und belastetem Recht in dem oben erwähnten Sinn gefordert ²⁰⁾. Das BGB hat aber diese Einschränkung, die in der geschichtlichen Entwicklung der Reallast begründet ist, nicht übernommen. Den Worten "aus dem Grundstück leisten" kann keine wörtliche Bedeutung beigegeben werden. Dieselbe Formulierung gebraucht das BGB auch bei anderen dinglichen Rechten, so vor allem bei der Hypothek (§ 1113 BGB), Grundschuld (§ 1191 BGB) und bei der Rentenschuld (§ 1199 BGB). Die Erklärung dieses Begriffes ergibt sich aus § 1147 BGB. Danach haben die Worte "aus dem Grundstück leisten" nur Bedeutung für die Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger kann sich wegen seiner Forderung aus dem Grundstück befriedigen. Dieselbe Bedeutung kommt diesen Worten auch im Recht der Reallasten zu, da § 1147 BGB auch entsprechend für die einzelnen Leistungen der Reallast gilt (§ 1107 BGB). Die Formulierung "aus dem Grundstück leisten" ist nur bildlich gemeint ²¹⁾. Aus dem Grundstück wird geleistet, was den wirtschaftlichen Kräften des Grundstücks entzogen wird. Dies zeigt sich besonders deutlich bei einer Geldrentenreallast. In diesem Fall entfällt die Vorstellung von einer körperlichen Sachnutzung gänzlich.

17) Grenze ergibt sich aus §§ 92, 146 ZVG, weil Reallasten bei der Zwangsvollstreckung in Geldleistungen umzuwandeln sind.

18) Staudinger-Dittmann § 1105 Rd. Nr. 11.

19) Palandt-Hoche § 1105 Anm. 4.

20) Westermann SR § 124 II 1.

21) Wolff-Raiser § 127 I 4 und Westermann § 124 VI.

Für die uneingeschränkte Zulassung von Sachleistungen als Erbbauzins spricht auch § 9 Abs. 1 S. 2 ErbbVO, wonach die zu Gunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten im Erbbaurecht keine Anwendung finden²²⁾. Damit ist von Gesetzes wegen klar gestellt, daß für die Regelung des Erbbauzins einheitlich die Vorschriften des BGB über Reallasten maßgeblich sind, die keine Beziehung zwischen Zinsleistung und natürlichem Ertrag des Grundstücks verlangen. Außerdem hat es der Gesetzgeber völlig in das Ermessen der Vertragspartner gestellt, ob sie überhaupt eine Vergütung ausbedingen wollen. Dies kann auch als ein Indiz dafür gewertet werden, daß den Parteien über die Art und Weise des Entgelts keinerlei Bindungen auferlegt werden sollten. Aus diesen Gründen kann der einschränkende Auslegung des § 1105 BGB, wie sie von Dittmann und Hoche vertreten wird, nicht zugestimmt werden.

Bei der Vereinbarung von Sachleistungen ist aber zu beachten, daß diese nur eine Sicherungsfunktion haben. Dem Grundstückseigentümer geht es in erster Linie um eine wertbeständige Geldrente. Deshalb will die Praxis dem Gläubiger (Grundstückseigentümer) am Fälligkeitstag des Erbbauzinses die Wahl zwischen Geld- und Sachleistung ermöglichen. Dieses Ziel versucht man durch die Vereinbarung eines Wahlschuldverhältnisses mit Wahlrecht des Gläubigers oder durch eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers (*facultas alternativa*) zu erreichen. Bei einem Wahlschuldverhältnis wird z. B. ausbedungen, daß der Grundstückseigentümer 60 Zentner Weizen oder 1200 DM vom Erbbauberechtigten als Zins am Fälligkeitstag verlangen kann. Bei einer *facultas alternativa* zu Gunsten des Gläubigers verpflichtet sich der Erbbauberechtigte, dem Grundstückseigentümer auf sein Verlangen die als Zins vereinbarte Sachleistung durch einen bestimmten Geldbetrag am Fälligkeitstag zu ersetzen. Dennoch liegt aber in beiden Fällen kein nichtiges Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB vor, da sich aus den Abmachungen der Parteien eindeutig ergibt, daß diese Sachleistungen ernstlich gewollt sind. Der Erbbauberechtigte hat sie in Natur zu erbringen, wenn es der Grundstückseigentümer verlangt.

Diese Sachwertklauseln sind zwar im allgemeinen geeignet, den Erbbauausgeber für den Fall einer größeren Geldentwertung durch Warenlieferungen zu sichern. Sie bieten aber keine Möglichkeit, den Grundstückseigentümer an der künftigen Entwicklung seines mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks teilnehmen zu lassen. Jede Erhöhung des Bodenwertes während der Dauer des Erbbaurechts kommt nur dem Erbbauberechtigten zugute, da die Bemessungsgrundlage für die Zinshöhe nicht verändert wird. In den meisten neueren Erbbaurechtsverträgen wird daher versucht, neben dem fest bestimmten Erbbauzins einen gleitenden Zins zu vereinbaren. Dadurch will man eine Angleichung des Erbbauzinses an die jeweils gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse erreichen. In diesen sog. Gleitklauseln ver-

22) Vgl. Art. 113 und 115 EGBGB.

pflichten sich der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte in bestimmten Zeitabschnitten (z.B. alle 10 Jahre) und bei außergewöhnlichem Anlaß (wie z.B. bei grundlegender Änderung der Währungs- und Wirtschaftsverhältnisse) den Erbbauzins den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend neu festzusetzen. Als Bemessungsgrundlage für die Anpassung des Zinses dienen Sachwerte (z.B. Bodenwert des Erbbaugrundstücks), Indices (Lebenshaltungskosten) und Dienstleistungen (z.B. Gehälter).

§ 3

DIE ZULÄSSIGKEIT DER VON DER PRAXIS ENTWICKELTEN WERTSICHERUNGSKLAUSELN IM HINBLICK AUF § 9 ErbbVO

Zunächst ist zu prüfen, ob die schuldrechtliche Vereinbarung des Erbbauzinses im Hinblick auf § 9 Abs. 1 ErbbVO ²³⁾ überhaupt zulässig ist. Glaß-Scheidt ²⁴⁾ schließt aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, daß die Verpflichtung zur Zahlung eines Erbbauzinses als rein persönliche Bindung in keinem Fall begründet werden kann.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Glaß-Scheidt ist zwar insoweit zuzustimmen, daß in § 9 Abs. 1 ErbbVO nur der dingliche Erbbauzins eine Regelung erfahren hat und die schuldrechtliche Vereinbarung des Zinses in der Verordnung nirgends erwähnt ist. Aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung für den schuldrechtlichen Erbbauzins kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß nur ein dinglicher Erbbauzins vereinbart werden kann. Im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt zwar der Grundsatz des *ius cogens*, d. h. die sachenrechtlichen Vorschriften enthalten zum großen Teil zwingende Rechtsvorschriften. Dieses Prinzip hat aber nur insoweit Geltung, als sich die Parteien der dinglichen Rechte bedienen. Der Grundsatz des *ius cogens* schließt nicht aus, daß die sachenrechtliche Vorschrift des § 9 Abs. 1 ErbbVO eine Auslegungsregel beinhaltet, die nur gilt, wenn die Parteien keine gegenteiligen Vereinbarungen getroffen haben. Für diese Auffassung spricht zunächst der das gesamte Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit. Der entscheidende Gesichtspunkt für diese Auslegung ergibt sich aber aus der Entstehungsgeschichte des § 9 ErbbVO. Im früheren Erbbaurecht machte die dingliche Sicherung des Erbbauzinses mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung erhebliche Schwierigkeiten. Man behalf sich durch die Eintragung einer besonderen Reallast an dem Erbbaurecht oder durch auflösen-

23) Wortlaut s. S. 5.

24) Glaß-Scheidt § 9 Anm. 2, 3 ErbbVO.

de Bedingungen²⁵⁾. Durch die neue Verordnung sollte dieser Mißstand beseitigt und den Vertragspartnern ein Weg gezeigt werden, wie die dingliche Sicherung des Erbbauzinses am besten erreicht werden kann. § 9 Abs. 1 ErbbVO muß in dem Sinne verstanden werden, daß, wenn die Beteiligten die Entrichtung eines fortlaufenden Entgelts im Sinne eines Erbbauzinses ausbedungen haben, eine solche Vereinbarung mangels eines gegenteiligen Anhaltspunktes als rechtsgeschäftliche Begründung einer reallastartigen Verpflichtung aufzufassen ist. Wenn sich aber aus dem Erbbaurechtsbestellungsvertrag eindeutig ergibt, daß gewisse Abmachungen hinsichtlich des Zinses nicht Gegenstand der Eintragung in das Erbbaugrundbuch sein und somit nur schuldrechtlichen Charakter haben sollen, so ist für diese Vereinbarung die Anwendung des § 9 Abs. 1 ErbbVO ausdrücklich ausgeschlossen. Die Parteien wollen eindeutig nur eine persönliche Bindung schaffen. § 9 Abs. 1 ErbbVO steht also der Vereinbarung eines nur schuldrechtlich wirkenden Erbbauzinses nicht entgegen²⁶⁾.

Ob ein solcher, nicht mit dinglicher Wirkung ausgestatteter Erbbauzinsanspruch dem vertragschließenden oder dem jeweiligen Grundstückseigentümer zusteht, ergibt sich aus den Vereinbarungen im Erbbaurechtsbestellungsvertrag. Im Zweifel wird man annehmen müssen, daß der schuldrechtliche Erbbauzinsanspruch dem jeweiligen Grundstückseigentümer zustehen soll, da das Erbbaurecht das Grundstück des jeweiligen Eigentümers belastet und diesem deshalb auch der Nutzen aus dem Grundstück zustehen soll²⁷⁾.

Wolff-Raiser²⁸⁾ geht noch einen Schritt weiter. Er hält diesen rein schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruch ipso iure für einen Anspruch des jeweiligen Grundstückseigentümers, weil er die Vorschrift des § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO auch entsprechend auf den schuldrechtlichen Zins für anwendbar erklärt. Gemäß dieser Bestimmung kann der Grundstückseigentümer über die noch nicht fälligen Erbbauzinsleistungen nicht gesondert verfügen, da diese bis zu ihrer Fälligkeit Bestandteil des Erbbaugrundstücks sind²⁹⁾.

25) Vgl. dazu Motive zum BGB III S. 468. Nach neuem Recht sind die auflösenden Bedingungen verboten (§ 1 Abs. 4 S. 1 ErbbVO).

26) Für die Zulässigkeit des schuldrechtlichen Erbbauzinses auch Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 4 ErbbVO; Günther 4 zu § 9 ErbbVO und Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 3 ErbbVO.

27) So im Ergebnis Planck Anm. 1 c zu § 9 ErbbVO.

28) In seinem Lehrbuch SR § 104 V Fußnote 31.

29) Diese Auffassung dürfte dem Willen der Beteiligten am ehesten entsprechen. Denn durch die analoge Anwendung des § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO werden die dinglichen Gläubiger des Eigentümers des Erbbaugrundstücks vor dessen etwaigen Vorausverfügungen über noch nicht fällige Erbbauzinsraten geschützt, so daß die Haftungsgrundlage für ihre Grundpfandrechte nicht geschmälert werden kann.

Ob allerdings die von der Praxis gefundenen Wege (Gleitklauseln, Sachwertklauseln) zulässig sind, hängt letztlich von der Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO ab. Gemäß dieser Vorschrift muß der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im voraus bestimmt sein. Diese Vorschrift ist eine der umstrittensten Bestimmungen im Erbbaurecht³⁰⁾. In der Auslegung dieses Paragraphen besteht nur Einigkeit darüber, daß jede dinglich wirkende Vereinbarung, die einen gleitenden Erbbauzins zum Ziel hat, gegen das Verbot des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verstößt und deshalb gemäß § 134 BGB nichtig ist. Zu den nichtigen Klauseln zählen alle dinglich wirkenden Vereinbarungen, die darauf abzielen, daß der Erbbauzins in gewissen Zeitabständen neu festgesetzt wird oder, daß die Bestimmung der Höhe für die einzelnen Zeitabschnitte einer späteren Vereinbarung der Beteiligten oder der Ermittlung durch dritte Personen vorbehalten bleiben soll³¹⁾. Ebenso sind alle Wertsicherungsklauseln nichtig, die eine Anpassung des dinglichen Erbbauzinses an den steigenden Bodenwert³²⁾, an den Ertragswert des Erbbaugrundstücks, an den Diskontsatz der Deutschen Bundesbank, an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten oder eine Koppelung mit einem bestimmten Beamtengehalt vorsehen³³⁾.

Ring³⁴⁾ vertritt eine strenge Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO. Er hält grundsätzlich alle Zinsvereinbarungen, die gegen diese Vorschrift verstoßen, für nichtig, gleichgültig, ob sie persönlicher oder dinglicher Natur sind, sofern sie Bestandteil des Erbbaurechtsbestellungsvertrages sind. Er will allerdings rein schuld-

30) Vgl. Stahlhacke S. 52 sowie Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 15 ErbbVO.

31) So die h. M. vgl. Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 16 ErbbVO; RGRK § 9 Anm. 1 ErbbVO; Glaß-Scheidt § 9 Anm. 3 ErbbVO; Ingenstau-Schnitzler 2. Aufl. § 9 D III 2a; Huber NJW 1952 S. 687; Voß DNotZ 1931 S. 507; LG Aurich NJW 1953 S. 1027 mit einer Anmerkung von Hoche; OLG Dresden JFG 3 S. 325; BGHZ 22 S. 222.

32) So auch Ingenstau-Schnitzler § 9 D III 2a und Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 16 ErbbVO.

33) Im RGRK (§ 9 Anm. 1) wird die Auffassung vertreten, daß eine wertbeständige Festlegung des Erbbauzinses nach bestimmten Beamtengehältern zulässig sei, wobei auf eine Entscheidung des BGH in Bd. 14 S. 306 ff. verwiesen wird. Diese Ausführung ist etwas mißverständlich, da der BGH a. a. O. diese Klausel nicht im Hinblick auf § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO, sondern im Zusammenhang mit § 3 WährG, der von der Genehmigungsbefreiung von Wertsicherungsklauseln handelt, geprüft hat. Aus dem in Band 14 S. 306 behandelten Text des Erbbaurechtsvertrages ergibt sich, daß die Anpassungsklausel nur schuldrechtlichen Charakter haben soll. Diese Entscheidung kann daher nicht so verstanden werden, daß der BGH einen an ein bestimmtes Beamtengehalt angepaßten, dinglichen Erbbauzins anerkannt hat.

34) Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 17 ErbbVO.

rechtliche Abmachungen über zusätzliche Gegenleistungen des Erbbauberechtigten oder Nebenabreden über die Erhöhung des festgelegten Erbbauzinses bei Eintritt besonderer, nicht sicher vorhersehbarer Umstände (wie z. B. Währungsverfall, Erhöhung des Bodenwertes um mehr als 25%) aus Gründen der Vertragsfreiheit zu lassen, wenn sie nur zwischen dem ersten Grundstückseigentümer und dem ersten Erbbauberechtigten, nicht aber zwischen den jeweiligen Berechtigten wirksam sein sollen. Im wesentlichen kommt es seiner Meinung nach darauf an, daß die rein obligatorischen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten hinsichtlich des Zinses nicht zum Bestandteil des Erbbaurechtsvertrages gemacht würden, sondern daß diese Nebenabreden über die künftige Zinshöhe in einem besonderen, auch äußerlich getrennten Vertrag vereinbart würden, der unabhängig und ohne rechtliche Wirkung auf den eigentlichen Erbbaurechtsbestellungsvertrag sei. Zur Begründung der Notwendigkeit der Trennung führt Ring an, daß alle wiederkehrenden Leistungen, die im Erbbaurechtsbestellungsvertrag selbst als Äquivalent für diese aufgenommen würden, unter die Bestimmung des § 9 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Abs. 2 S. 2 ErbbVO fielen. Die Zinsleistungen seien auf Grund dieser Vorschriften kraft Gesetzes untrennbar mit dem Eigentum am Erbbaugrundstück verbunden und stünden damit dem jeweiligen Grundstückseigentümer zu. Über den Anspruch auf sie könne der Grundstückseigentümer erst vom Zeitpunkt der Fälligkeit ab gesondert verfügen³⁵⁾.

Dieser Argumentation Rings kann nicht gefolgt werden. Er läßt nämlich außer Acht, daß es sich bei diesen Nebenabreden über die künftige Erhöhung des Erbbauzinses gleichwohl um eine Gegenleistung des Erbbauberechtigten für die Überlassung des Baugrundes handelt, auch wenn diese künftigen Sonderleistungen in einem getrennten Vertrag ausbedungen werden. Der Erbbauzinscharakter der Sonderleistung wird nicht dadurch verändert, daß die Parteien diese in einem äußerlich getrennten Vertrag vereinbaren. Der innere Zusammenhang der Sonderleistung mit der Erbbaurechtsbestellung bleibt bestehen. Es ist undenkbar, daß die Sondervereinbarung unabhängig und ohne Wirkung auf die Erbbaurechtsbestellung ist. Immer wird der Erbbauausgeber die Bereitstellung von Bauland davon abhängig machen, daß der Erbbauberechtigte sich verpflichtet, der Anpassung des Erbbauzinses an die veränderten Umstände zuzustimmen. Ring hat daher unrecht, wenn er meint, daß die in einem Sondervertrag ausbedungenen Erhöhungsabreden kein Äquivalent für die Erbbaurechtsbestellung darstellen. Bei konsequenter Durchführung seiner Auffassung müßte Ring vielmehr zu dem Ergebnis kommen, daß auch diese Sondervereinbarungen nichtig sind, weil sie letztlich doch eine Gegenleistung für die Überlassung des Baugrundes darstellen und unbestimmte künftige Erhöhungen des Zinses ermöglichen, die seiner Meinung³⁶⁾ nach im Hinblick

35) Vgl. auch Wolff-Raiser SR § 127 IV.

36) Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 17 ErbbVO.

auf § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verboten sind, gleichviel ob sie dinglicher oder schuldrechtlicher Natur sind. Entscheidend für die Zulässigkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen über eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses ist, ob sich der Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO auch auf den schuldrechtlich ausbedungenen Erbbauzins bezieht.

Alle Auslegung fängt beim Worte an³⁷⁾. Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO ist die Vereinbarung eines gleitenden Erbbauzinses, der nicht von vornherein ziffernmäßig bestimmt ist, verboten. Ob von dieser Vorschrift nur der dingliche oder auch der schuldrechtliche Erbbauzins erfaßt wird, läßt die wörtliche Interpretation nicht erkennen. Zur Klärung dieser Frage muß man auf andere Auslegungskriterien zurückgreifen. Die Bedeutung einer Norm ergibt sich aus ihrem Sinn und Zweck. Das Ziel des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO kommt am deutlichsten in der amtlichen³⁸⁾ Begründung zur Erbbauverordnung zum Ausdruck: "Während der Dauer des Erbbaurechts sind Erhöhungen der anfänglich gezahlten Zinsbeträge nur zulässig, wenn und soweit sie von vornherein vertraglich festgelegt und ihrer Höhe nach ziffernmäßig genau bestimmt sind; würden anders geartete Erhöhungen zugelassen, so wäre die Folge eine völlige Unterbindung der Beleihbarkeit des Erbbaurechts, da jede Wertberechnung dann unmöglich sein würde." In diesem Sinne äußert sich auch die gesamte, vor der Verkündung der neuen Erbbaurechtsverordnung veröffentlichte Literatur³⁹⁾. Von allen Verfassern ist damals immer wieder betont worden, daß die Beleihung des Erbbaurechts notwendigerweise eine sichere Wertberechnung des Rechts voraussetze. Der Gesetzgeber wollte also offensichtlich mit der Bestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts sicherstellen.

Für jeden Kreditgeber, der Grund und Boden beleiht, ist die Sicherheit seines Grundpfandrechts von entscheidender Bedeutung für seine Bereitschaft ein Objekt zu beleihen. Der Geldgeber wird zunächst eine Wertberechnung über das zu beleihende Erbbaurecht anstellen. Die sichere Grundlage für eine einwandfreie Wertberechnung ist dadurch gewährleistet, daß ein dinglicher Vorbehalt für eine nachträgliche Änderung der Belastung des Erbbaurechts - sei es eine Erhöhung oder Herabsetzung des Zinses - ausgeschlossen ist. Jeder Kreditgeber kann die ihm vor-

37) BGH NJW 1953 S. 72.

38) Siehe RANz 1919 Nr. 26 1. Beilage. Nach dieser amtlichen Begründung richtet sich auch die h. M. vgl. dazu Staudinger-Ring § 9 Rd. 13 ErbbVO sowie BGHZ 22 S. 222.

39) Vgl. Pribram in Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 174 ff (184) und Stübgen ebenda S. 98 ff (120); Pesl in Hirth, Annalen 1915 S. 263, der sogar den Satz aufstellte, daß die Unveränderlichkeit des Erbbauzinses während der Erbbaupzeit zum Wesen des Erbbaurechts gehöre.

gehende dingliche Belastung des Erbbaurechts aus den Eintragungen im Erbbaugrundbuch berechnen und danach die Beleihungsgrenze bestimmen, da die Höhe des Erbbauzinses von vornherein ziffernmäßig festgesetzt sein muß. Die schuldrechtlichen Vorbehalte zu einer nachträglichen Änderung des Erbbauzinses kann der Geldgeber bei seiner Wertberechnung unberücksichtigt lassen, da sie nur zwischen den Vertragspartnern wirken. Eine nachträgliche Erhöhung des Erbbauzinses auf Grund der schuldrechtlichen Vorbehalte berührt die dinglichen Gläubiger des Erbbauberechtigten nicht. Im Ernstfall bei der Zwangsvollstreckung werden zunächst die dinglichen Gläubiger nach ihrer Rangfolge ⁴⁰⁾ und zum Schluß erst die schuldrechtlichen Ansprüche berücksichtigt. Gegen eine Verdinglichung des nachträglich erhöhten Erbbauzinses mit dem Range der ursprünglichen Reallast sind die Kreditgeber dadurch geschützt, daß derartige Rechtsänderungen ihrer Zustimmung bedürfen (vgl. § 876 S. 1 BGB). Die schuldrechtlichen Gleitklauseln können daher die Sicherheit der Grundpfandrechte der Kreditgeber des Erbbauberechtigten nicht beeinträchtigen. Deshalb sind derartige Klauseln als zulässig anzusehen ^{40a)}.

Die Zulässigkeit der schuldrechtlichen Gleitklauseln hat eine Aufspaltung des Erbbauzinses in einen schuldrechtlichen und einen dinglichen Teil zur Folge, da die Parteien neben dem fest vereinbarten dinglichen Erbbauzins eine schuldrechtliche Gleitklausel vereinbaren, welche die Angleichung des Erbbauzinses an die wirtschaftliche Entwicklung sicherstellen soll.

Ring ^{40b)} ist der Auffassung, daß die Aufspaltung des Erbbauzinses mit § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO unvereinbar sei. Gemäß dieser Vorschrift kann über die noch nicht fälligen Erbbauzinsleistungen nicht gesondert verfügt werden.

Unter einer Verfügung versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, in seinem Inhalt verändert oder aufgehoben wird ^{40c)}. Die Verpflichtung zur Änderung des Erbbauzinses in der Zukunft bedeutet noch keine Verfügung über den noch nicht fälligen Erbbauzins. Durch eine schuldrechtliche Gleitklausel wird nur eine Rechtsänderung vorbereitet, nicht aber unmittelbar herbeigeführt. Daraus folgt, daß § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO der Aufspaltung des Zinses in einen schuldrechtlichen und in einen dinglichen Teil nicht entgegensteht.

Die Aufspaltung des Erbbauzinses beinhaltet auch kein nach § 134 BGB verbotenes Umgehungsgeschäft des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO. Denn ein verbotenes Umgehungs-

40) Vgl. § 10 ZVG.

40a) So auch die h. M. vgl. Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. Palandt-Hoche § 9 Anm. 1 ErbbVO; OLG Hamm NJW 1963 S. 1502 und BGHZ 22 S. 220 ff.

40b) Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 3 ErbbVO.

40c) Enneccerus-Nipperdey § 143a II.

geschäft liegt nicht vor, wenn die Auslegung - wie hier ^{40d)} - ergibt, daß das vorgenommene Rechtsgeschäft nicht gegen den Verbotszweck verstoßen kann. Schuldrechtliche Klauseln, die einen gleitenden Erbbauzins zum Ziele haben, können also neben dem dinglichen Erbbauzins rechtswirksam vereinbart werden ^{40e)}.

Wegen des in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO festgelegten Bestimmtheitsgrundsatzes werden auch gegen die Eintragung von Wertsicherungsklauseln, die eine Sachleistung als Erbbauzins vorsehen, Bedenken erhoben. Alberty ⁴¹⁾ meint, im Falle der Vereinbarung einer Sachleistung sei der Erbbauzins nicht von vornherein ziffernmäßig bestimmt, da das Gericht bei der Zwangsvollstreckung gem. §§ 92, 146 ZVG einen Ersatzbetrag in Geld und zwar nach dem Wert, der z. Zt. der Zwangsvollstreckung für die vereinbarte Sachleistung gelte, bestimmen müsse; der endgültig zu leistende Zinsbetrag sei also erst in der Zukunft bestimmbar ⁴²⁾.

Man muß Alberty darin beipflichten, daß auf Grund der freien Marktwirtschaft die Warenpreise häufigen Schwankungen unterliegen und der Preis für die vereinbarte Sachleistung nicht von vornherein feststeht. Unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen wird aber das Erbbaurecht durch den Sachzins nicht stärker belastet als aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Dreißig Zentner Roggen sind unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen eine im voraus bestimmte Leistung. Jeder Kreditgeber kann die Belastung des Erbbaurechts übersehen und ohne besonderes Risiko die Beleihungsgrenze berechnen. § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO kann nicht dazu dienen, die Vereinbarung von Sachleistungen als Erbbauzins von vornherein durch eine einseitige Auslegung dieser Vorschrift über ihre Bedeutung hinaus auszuschließen, weil bei einer künftigen anormalen wirtschaftlichen Entwicklung die Beschaffung der Waren zu normalen Preisen Schwierigkeiten bereiten könnte. Die Rechtsordnung kann nicht jede mögliche wirtschaftliche Entwicklung in der Zukunft berücksichtigen, sondern sie muß ihren Bestimmungen normale wirtschaftliche Verhältnisse zu Grunde legen. Wenn der Gesetzgeber den Bestimmtheitsgrundsatz in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO so verstanden wissen wollte, daß in jedem Fall der Geldbetrag von vornherein ziffernmäßig feststehen müsse, dann hätte er nicht allgemein von wiederkehrenden Leistungen sprechen dürfen, sondern er hätte eindeutig wiederkehrende Geldleistungen vorschreiben müssen ⁴³⁾.

40d) Siehe S. 13.

40e) Vgl. dazu BGH in DNotZ 1957 S. 300 ff; OLG Hamm NJW 1963 S. 1502; Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 18.

41) Rpfleger 1956 S. 331.

42) Vgl. Hoche NJW 1953 S. 1027, der ebenfalls eine Sachleistung ablehnt.

43) RGRK § 9 Anm. 1 ErbbVO; Haegeler in Rpfleger 1957 S. 6; Staudinger-Ring § 9 Anm. 16 ErbbVO sind auch für die Zulässigkeit von Sachleistungen als Erbbauzins.

Die Eintragung eines Wahlschuldverhältnisses (30 Ztr. Weizen oder 600 DM nach Wahl des Gläubigers) oder einer Ersetzungsbefugnis des Gläubigers (z.B. 600 DM, aber der Gläubiger ist berechtigt, sich diese Summe am Fälligkeitstag durch 30 Ztr. Weizen ersetzen zu lassen) widerspricht ebenfalls nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO. Die Ausübung des Wahlrechts oder der Ersetzungsbefugnis erfolgt zwar erst in der Zukunft, so daß die endgültige Festlegung dessen, was der Erbbauberechtigte zu leisten hat, nicht von vornherein bestimmt ist. Dadurch entsteht aber keine Unklarheit über die Höhe des zu leistenden Zinses, da dieser sowohl beim Wahlschuldverhältnis als auch bei der Ersetzungsbefugnis ziffernmäßig bei Abschluß des Vertrages festgesetzt ist. Der Kreditgeber weiß, daß der Grundstückseigentümer am Fälligkeitstag des Zinses nur den im Vertrag genau bezeichneten Geldbetrag oder die ziffernmäßig festgelegte Menge an Waren verlangen kann. Wenn der Grundstückseigentümer die bestimmte Sachleistung als Erbbauzins fordert, so treten dieselben Probleme auf wie bei der Vereinbarung einer reinen Sachleistung. Wie oben ⁴⁴⁾ ausgeführt ist die Vereinbarung von Sachleistungen als zulässig anzusehen, so daß auch gegen die Vereinbarung eines Wahlschuldverhältnisses oder einer Ersetzungsbefugnis mit fest bestimmten Größen im Hinblick auf § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO keine Bedenken erhoben werden können. Derartige Wertsicherungsklauseln sind also zulässig.

Das Wahlschuldverhältnis und die Ersetzungsbefugnis können aber auch so ausgestaltet werden, daß der Grundstückseigentümer berechtigt sein soll, an Stelle der fest vereinbarten Sachleistung den hierfür am Fälligkeitstag erforderlichen Geldbetrag vom Erbbauberechtigten zu verlangen. Nach der Ansicht Rings ⁴⁵⁾ verstößt diese Formulierung gegen den in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO festgesetzten Bestimmtheitsgrundsatz, da der Erbbauzins nicht von vornherein ziffernmäßig bestimmt ist, sondern von einem künftigen, ungewissen Marktpreis abhängt, wenn der Grundstückseigentümer den erforderlichen Geldbetrag verlangt. Gegen diese Ansicht könnte man einwenden, daß eine so abgefaßte Klausel den Zweck des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO kaum beeinträchtigen würde. Die Wertberechnung des Erbbaurechts dürfte in diesem Fall für den Kreditgeber nicht schwieriger sein als bei der als zulässig anerkannten Vereinbarung eines Wahlschuldverhältnisses, das keine Abhängigkeit von Sachleistung und Geldbetrag vorsieht. Die tatsächliche Belastung des Erbbaurechts ergibt sich bei beiden Klauseln aus der fest vereinbarten Sachleistung, so daß in jedem Fall eine sichere Berechnungsgrundlage für die Beleihungsgrenze vorhanden wäre. In der Regel muß der Kreditgeber auch bei dem als zulässig anerkannten Wahlschuldverhältnis mit einem fest vereinbarten Sach- und Geldbetrag damit rechnen, daß der Erbbauberechtigte am Fälligkeits-

44) Siehe S. 14.

45) Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 16 ErbbVO; ähnlich auch Haegele und Kehrer in Rpfleger 1957 S. 6/7 III.

tag des Zinses den zur Beschaffung der Sachleistung erforderlichen Geldbetrag aufwenden muß. Denn in den allermeisten Fällen ist der Erbbauberechtigte nicht in der Lage, die vereinbarte Sachleistung aus dem Grundstück zu erbringen. Er muß sich diese erst zu dem am Fälligkeitstag geltenden Marktpreis verschaffen. In wirtschaftlicher Hinsicht besteht also im Ergebnis für den Erbbauberechtigten kein Unterschied, welche Klausel vereinbart wird.

Dennoch muß man der Ansicht Rings zustimmen, weil der Wortlaut des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO die dingliche Sicherung eines nur bestimmbaren Erbbauzinses verbietet. Bei der Auslegung einer Norm ist zwar anerkannt, daß eine Überbewertung des Wortlautes zu vermeiden ist. In der Rangstufe der einzelnen Auslegungsprinzipien steht der Sinn und Zweck des Gesetzes höher als sein Wortlaut ⁴⁶⁾. Diese Auslegungsregel gilt aber nur, wenn der Wortlaut des Gesetzes mehrere Auslegungen zuläßt, wenn er also objektiv mehrdeutig ist. Bei eindeutigem Wortlaut kommt eine Auslegung nicht in Frage nach der berühmten römischen Formel: "Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio ⁴⁷⁾." Es wäre auch für die Rechtssicherheit unerträglich, wenn mit dem Hinweis auf den Sinn und Zweck des Gesetzes auch eine Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes möglich wäre.

Ring ⁴⁸⁾ vertritt die Auffassung, daß die dingliche Festlegung des Erbbauzinses in Feingold auch heute noch mit Genehmigung der Bundesbank zulässig sei. Bei der Goldwertklausel wird der Erbbauzins in Mark festgesetzt und zugleich bestimmt, daß eine Deutsche Mark dem Preis einer bestimmten Menge Feingold nach dem amtlichen Kurs entspricht. Zur Begründung seiner Auffassung verweist Ring auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 20. 5. 1931 ⁴⁹⁾. Das Gericht hat damals die Goldwertklausel in Anlehnung an die Regelung bei wertbeständigen Hypotheken auch für die Sicherung des dinglichen Erbbauzinses als zulässig erklärt. Nach dem Gesetz über wertbeständige Hypotheken ⁵⁰⁾ war es möglich, eine Hypothek in der Weise zu bestellen, daß die Höhe der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsumme in Reichswährung durch den am Stichtag amtlich festgesetzten Preis einer bestimmten Menge Feingold sich errechnet. Damit wurde der Bestimmtheitsgrundsatz des BGB für die Hypothekenforderung durchbrochen. Denn in § 1113 BGB; § 28 GBO ist für die Hypothekensumme die Bestimmtheit in dem Sinn vorgeschrieben, daß nur eine am Maßstab der gesetzlichen Währung gemessene, zif-

46) Vgl. BGH 1. ZS vom 18. 5. 1955.

47) Paulus D 32, 25, 1; vgl. auch Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes S. 83, 84, Winterthur 1960.

48) Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 1 ErbbVO.

49) JFG 8 S. 330.

50) RGBI I 407; RGBI I 11.

fernmäßig angegebene Höhe des Hypothekensbetrages eingetragen werden kann. Auch für den Geldgeber, der ein Grundstück gegen hypothekarische Sicherheit beleiht, ist die genaue Berechnung der vorgehenden Hypothek für die Bestellung eines weiteren Grundpfandrechts von entscheidender Bedeutung. Das OLG Karlsruhe begründete damals seine Entscheidung damit, daß dieselben Grundgedanken, die zum Erlaß des Gesetzes über wertbeständige Grundpfandrechte geführt haben, im erhöhten Maß auch für die gleiche Regelung beim Erbbauzins sprächen. Es kam daher zu dem Ergebnis, daß der Erbbauzins wenigstens an Hand aller derjenigen Maßstäbe bemessen werden könne, die bei der Bestimmung der Hypothekensumme zugrunde gelegt werden dürfen⁵¹⁾. Diese Begründung für die Zulässigkeit einer Goldwertklausel ist nach dem heutigen Rechtszustand nicht mehr zutreffend, da gegen die Zulässigkeit von Neubestellungen goldpreisabhängiger Hypotheken erhebliche Bedenken bestehen. Das Gesetz über wertbeständige Hypotheken ist zwar durch die Gesetzgebung nach dem zweiten Weltkrieg nie formell aufgehoben worden. Daraus kann man aber nicht folgern, daß Hypotheken auf Goldbasis auch heute noch mit Genehmigung der Bundesbank (§ 3 WährG) auf Grund dieses Gesetzes begründet werden können⁵²⁾. Die Bestellung von goldpreisabhängigen Hypotheken war nie in der Weise möglich, daß der aus dem Grundstück zu bezahlende Betrag nach einem beliebigen Goldpreis bemessen werden konnte, sondern nach § 1 dieses Gesetzes war vorgeschrieben, daß als Bezugsgröße nur derjenige Goldpreis in Frage kam, der als amtlich festgestellter oder festgesetzter Preis speziell für diesen Zweck normiert worden war. Die letzte amtliche Feststellung des Goldpreises erfolgte durch Verordnung vom 16. 11. 40⁵³⁾, in der durch Verweisung auf § 14 Abs. 2 Reichsbankgesetz⁵⁴⁾ eine Goldmark gleich einer Reichsmark gesetzt wurde. Durch diese Gleichstellung ist jeder Anreiz zur Eintragung einer Goldwertklausel entfallen. Nach der Währungsreform wurde der Goldpreis nicht mehr im Sinne des Gesetzes über wertbeständige Hypotheken gesetzlich normiert, so daß z. Zt. das Gesetz vom 23. 6. 1923 nicht angewendet werden kann⁵⁵⁾. Somit kann heute die Hypothekensumme nur in ziffernmäßig bestimmter Höhe in Deutscher Mark in das Grundbuch eingetragen werden.

Die Zulässigkeit von wertbeständigen Hypotheken kann auch nicht aus § 3 S. 2 WährG hergeleitet werden, da sich diese Bestimmung nur auf die Genehmigungspflicht von Geschäften bezieht, die nach sachlich-rechtlichen Vorschriften zulässig sind. Infolge der Unzulässigkeit der Bestellung einer wertbeständigen Hypothek

51) JFG 8 S. 333.

52) Für die Zulässigkeit von wertbeständigen Hypotheken OLG Düsseldorf JMB1NRW 57 S. 32; Westermann SR § 95 II 5.

53) RGB1 I 1521.

54) RGB1 I 39 S. 1015.

55) Im Ergebnis ebenso Fögen NJW 56 S. 1824; Staudinger-Riedel, Einführung 203 zu § 1113 BGB; Soergel-Siebert § 1115 Anm. 13 BGB.

auf Feingoldbasis ist der einzige gesetzliche Anhaltspunkt entfallen, der für die Auflockerung des Bestimmtheitsgrundsatzes beim dinglichen Erbbauzins gesprochen hätte. Die Zulässigkeit der Goldwertklausel zur Sicherung des Zinses hängt deshalb allein davon ab, ob diese eine ziffernmäßige Bestimmtheit des Erbbauzinses gem. § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO gewährleistet. Geringfügige Schwankungen des Goldpreises, wie sie bei einer amtlichen Feststellung auftreten könnten, würden die Beleihbarkeit des Erbbaurechts nicht beeinträchtigen. Da es aber in der Bundesrepublik z. Zt. einen amtlich festgestellten Goldpreis nicht gibt, könnten die Parteien als Bezugsgröße nur den Goldpreis auf einem freien Markt (London, Amsterdam) bestimmen. Abgesehen davon, daß die Bundesbank eine Vereinbarung einer vom Goldpreis abhängigen Schuld nicht genehmigt ⁵⁶⁾, hätte dies auch eine völlige Unsicherheit hinsichtlich der Belastung des Erbbaurechts durch den Erbbauzins zur Folge, da während der langen Laufzeit des Erbbaurechts die Deutsche Mark im Verhältnis zum Goldpreis unvorhersehbaren Schwankungen unterliegen kann. Eine Goldwertklausel ist daher nach dem heutigen Rechtszustand mit § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO nicht vereinbar.

§ 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verbietet nicht jede dinglich wirkende Änderung des Erbbauzinses für die Zukunft. So verstößt es z. B. nicht gegen den Zweck dieser Bestimmung, wenn schon bei der Bestellung des Erbbaurechts ziffernmäßig festgelegt wird, daß sich der Zins nach dem Ablauf einer bestimmten Zeitspanne automatisch um einen schon jetzt genau bezeichneten Prozentsatz erhöht. Der Kreditgeber kann diese Änderungen bei seinen Wertberechnungen über das Erbbaurecht berücksichtigen. Diese Art der Sicherung des Grundstückseigentümers spielt in der Praxis nur eine geringe Rolle, da niemand die wirtschaftliche Entwicklung während der langen Dauer des Erbbaurechts auch nur annähernd voraussagen kann, so daß eine schematische Erhöhung für beide Parteien ein zu großes Risiko bedeuten würde. Ferner ist eine nachträgliche Änderung des Zinses in der Weise möglich, daß sich die Parteien über einen neuen, höheren Zinssatz einigen. Darin ist rechtlich die Begründung eines dinglichen Rechts zu sehen. Die neue Reallast entsteht gem. § 873 Abs. 1 BGB durch Einigung und Eintragung des Erbbauzinses in das Erbbaugrundbuch. Außerdem müssen dieser Erweiterung des Zinses auch die nachrangigen Hypothekengläubiger, die das Erbbaurecht beliehen haben, gem. § 876 S. 1 BGB zustimmen, da durch die Erhöhung des vorgehenden Zinses ihr Hypothekenrecht beeinträchtigt wird ⁵⁷⁾.

Ebenso verstößt eine nachträgliche Herabsetzung des Zinses nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO. Der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte müssen sich gem. § 873 Abs. 1 BGB über die Minderung einigen und die Eintragung des neuen Betrages in das Erbbaugrundbuch herbeifüh-

56) BAnZ vom 20.1.1959 Nr. 12 2b.

57) Vgl. Glaß-Scheidt § 9 Anm. 2 und 3.

ren. Zum grundbuchmäßigen Vollzug der Herabsetzung des Zinses ist aber gem. § 876 S. 2 BGB die Zustimmung der am Erbbaugrundstück Realberechtigten erforderlich. Denn mit der Herabsetzung des Zinses wird die Haftungsgrundlage der Hypothekengläubiger des Grundstückseigentümers geschmälert. Der noch nicht fällige Erbbauzins ist Teil des Grundstücks (§ 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO) und haftet deshalb gem. § 1126 BGB für die Hypothek.

In der Praxis haben die nachträglichen Änderungen nur eine geringe Bedeutung, da sie infolge der erforderlichen Zustimmungen nur sehr schwer durchgeführt werden können.

§ 4

DINGLICHE SICHERUNG DER SCHULDRECHTLICHEN GLEITKLAUSELN DURCH EINE VORMERKUNG

Für den Erbbauausgeber sind die schuldrechtlichen Gleitklauseln im Ernstfall bei der Zwangsversteigerung nur dann wertvoll, wenn sie dinglich gesichert werden können, d. h., wenn im Grundbuch für den in Zukunft zu erhöhenden Erbbauzins ein Rang freigehalten werden kann, der den hypothekarisch gesicherten Belastungen des Erbbaurechts vorgeht. Als geeignetes Mittel zur dinglichen Sicherung des etwaigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses bietet sich die Vormerkung an. Gem. der Bestimmung des § 883 Abs. 1 S. 1 BGB, die nach § 11 ErbbVO anwendbar ist, dient die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechts oder zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann die Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs eingetragen werden. Zunächst hängt die Zulässigkeit einer Vormerkung davon ab, ob die Gleitklauseln einen vormerkungsfähigen Anspruch im Sinne des § 883 BGB enthalten.

Nach übereinstimmender Ansicht in Rechtssprechung⁵⁸⁾ und Schrifttum⁵⁹⁾ sind nur schuldrechtliche Ansprüche vormerkbar, die auf Eintragung eines eintragungsfähigen Rechts bzw. dessen Inhaltsänderung gerichtet sind. "Was nicht eingetragen werden kann, läßt sich auch nicht vormerken⁶⁰⁾." Ziel der Gleitklauseln ist die gegenseitige Verpflichtung der Vertragsteile, den Erbbauzins zu bestimmten Zeitpunkten (z. B. alle 10 Jahre) oder bei einem außergewöhnlichen Anlaß (z. B. Währungsverfall) den künftigen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend

58) RGZ 55 S. 270.

59) Westermann SR § 84 II 1a; Staudinger-Seufert § 883 Rd. Nr. 14.

60) KG JFG 1 S. 430.

einem Wertmesser (z.B. Beamtengehalt) anzupassen. Dabei weisen die Vertragspartner ausdrücklich darauf hin, daß diese Klausel nicht Gegenstand der Eintragung sein darf, so daß an dem schuldrechtlichen Charakter der Klausel keine Zweifel bestehen.

Dagegen ist es in den meisten Fällen unklar, welchen Inhalt der vorgemerkte Anspruch haben soll. Denn man spricht in der Praxis begrifflich ungenau nur davon, daß der Anspruch auf künftige Erhöhung des Erbbauzinses gesichert werden soll. Im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) kann diese Formulierung einmal dahin verstanden werden, daß der Anspruch auf Neufestsetzung des Erbbauzinses als solcher vorgemerkt werden soll. Dieser Anspruch ist bei wörtlicher Interpretation auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtet, das den Anspruch auf die Erhöhung des Erbbauzinses erst zur Entstehung bringt. Ein solcher Anspruch ist noch nicht auf die Einräumung einer Berechtigung an einem Grundstück gerichtet. Er beinhaltet also kein eintragungsfähiges Recht, so daß bei wörtlicher Auslegung eine Vormerkung unzulässig erscheint⁶¹⁾. Gegen diese wörtliche Auslegung wendet sich Alberty⁶²⁾. Er ist der Meinung, daß der Anspruch aus der herbeigeführten Neufestsetzung schon ein gegenwärtiger Anspruch sei, der sofort als Reallast eingetragen werden könnte. Durch die Vormerkung solle nicht die - insoweit nicht eintragbare - Anpassungsklausel, sondern der in ihr anspruchsmäßig grundgelegte und eintragbare künftige Erhöhungsbetrag selbst gesichert werden.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da es den Parteien nicht auf die Sicherung des Neufestsetzungsanspruches als solchen, sondern nur darauf ankommt, daß der künftige Erhöhungsbetrag, der sich bei der Neufestsetzung ergibt, durch die Vormerkung gesichert sein soll. Auch der Bundesgerichtshof vertritt eine ähnliche Auffassung⁶³⁾. Er meint, bei einer wörtlichen Auslegung der Klausel sei zwar ein vormerkungsfähiger Anspruch nicht gegeben; denn der Anspruch auf Neufestsetzung des Erbbauzinses sei noch nicht auf ein eintragungsfähiges Recht gerichtet. Die Gleitklausel könne aber entsprechend dem Willen der Parteien dahin verstanden werden, daß der Anspruch auf Eintragung einer Reallast des Inhalts gesichert werden soll, daß der Erbbauberechtigte von einem bestimmten Zeitpunkt an einen neu festgesetzten Erbbauzins zu zahlen habe. Insoweit liegt ein vormerkungsfähiger Anspruch vor, da der künftige Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet ist.

Weiter kann die Klausel so verstanden werden, daß der Unterschiedsbetrag aus dem alten, ursprünglich eingetragenen Erbbauzins und dem erhöhten, also neu festgesetzten Zins vorgemerkt werden soll. Dieser Unterschiedsbetrag ist rechtlich

61) Vgl. Landgericht Bonn NJW 56 S. 1566; OLG Oldenburg DNotZ 56 S. 254; Haegele und Kehrler Rpfleger 1957 S. 8 V.

62) Rpfleger 1956 S. 332 2b.

63) BGHZ 22 S. 220 (225).

nach § 9 Abs. 1 S. 1 ErbbVO als eine neue zusätzliche Reallast zu qualifizieren. Auch bei dieser Auslegung ist die Eintragung einer Vormerkung zulässig, da der schuldrechtliche Anspruch auf ein eintragungsfähiges Recht gerichtet ist. Ferner könnte die Klausel dahin ausgelegt werden, daß mit der künftigen Erhöhung des Erbbauzinses eine Inhaltsänderung (§ 877 BGB) der ursprünglichen Reallast gemeint sei.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Erhöhung des Erbbauzinses dogmatisch als eine Inhaltsänderung im Sinne des § 877 BGB aufgefaßt werden kann. Unter dem Inhalt des Rechts ist der Inbegriff aller rechtlichen Befugnisse zu verstehen, die dem Berechtigten nach Maßgabe des für ihn eingetragenen Rechts zustehen⁶⁴⁾. Die Schwierigkeiten mit der Einordnung in diese Begriffsbestimmung ergeben sich deshalb, weil es dogmatisch nicht ohne weiteres möglich ist, darauf zu verweisen, daß auch die Erhöhung des Zinssatzes bei einem Grundpfandrecht als Inhaltsänderung des eingetragenen Rechts gewertet wird. Denn bei den Hypotheken- und Grundschuldzinsen handelt es sich um sogenannte Nebenrechte, während der Erbbauzins das Hauptrecht selbst darstellt. Dazu kommt außerdem, daß es sich bei der in einer solchen Klausel vorgesehenen Erhöhung nicht um eine echte Änderung des Zinssatzes, sondern um die Neufestsetzung der Bemessungsgrundlage handelt. Der Zinssatz bleibt gleich, die Höhe des Zinses wird aber nach dem neuen Vergleichsmaßstab berechnet. Rechtssystematisch bestehen aber keine Bedenken, die Erhöhung des Erbbauzinses mit der Änderung des Kapitals eines Grundpfandrechts zu vergleichen, da in beiden Fällen der Hauptinhalt eines Rechts verändert wird. Diese Gegenüberstellung spricht aber eindeutig gegen das Vorliegen einer Inhaltsänderung der Reallast bei der Erhöhung des Erbbauzinses; denn die höchst-richterliche Rechtsprechung⁶⁵⁾ vertritt seit jeher die Auffassung, daß die Erhöhung des Hypothekensatzes nicht als Inhaltsänderung, sondern nur als Neubegründung des Grundpfandrechts angesehen werden kann. Dies folgert das Reichsgericht⁶⁶⁾ aus dem im Hypothekenrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz (§§ 1113, 1115, 1190 BGB, 28 Abs. 2 GBO). Da auch § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO eine ziffernmäßige Bestimmtheit für den eingetragenen Erbbauzins vorschreibt, muß hinsichtlich seiner Erhöhung dasselbe gelten wie bei der Erweiterung des Hypothekensatzes. Denn grundsätzlich fallen Erweiterungen oder Verminderungen des Hauptrechts nicht unter § 877 BGB⁶⁷⁾.

Aus der Gegenüberstellung der beiden Hauptrechte ergibt sich also, daß die Erhöhung des Erbbauzinses nicht als Inhaltsänderung der eingetragenen Reallast, son-

64) Staudinger-Seufert § 877 Rd. Nr. 2 BGB.

65) RGZ 143 S. 426; KG JFG 13 S. 77; vgl. auch Palandt-Hoche Überblick vor § 873 Anm. 5 BGB.

66) RGZ 143 S. 426.

67) Vgl. Palandt-Hoche § 877 3b BGB.

dem nur als Neubegründung dieses dinglichen Rechts aufgefaßt werden kann. Ein etwa entgegenstehender Parteiwille ist infolge der zwingenden Vorschriften des Sachenrechts unbeachtlich.

Wangemann ⁶⁸⁾ sieht dagegen in der Erhöhung des Erbbauzinses eine zulässige Inhaltsänderung der Reallast. Er meint, es gäbe keine dogmatischen Bedenken, die gegen die Annahme einer Inhaltsänderung bei der Erhöhung des Hypothekenskapitals sprächen. Er verweist dabei auf eine Entscheidung des Kammergerichts ⁶⁹⁾. Dieses Gericht hat in der Tat in der Erweiterung des Hypothekenskapitals nur deshalb keine Inhaltsänderung der Hypothek angenommen, weil das geltende Grundbuchsystem für diese Auffassung ungeeignet und deshalb eine Verwirrung zu besorgen sei. Diese formellen Bedenken läßt Wangemann bei der Eintragung des Erbbauzinses in das Erbbaugrundbuch nicht gelten und kommt deshalb folgerichtig zur Zulässigkeit der Inhaltsänderung der Reallast, wenn der Erbbauzins erhöht wird.

Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden, da Wangemann von unrichtigen Voraussetzungen ausgeht. Er hat übersehen, daß der Hauptgrund für die Ablehnung einer Inhaltsänderung bei der Erweiterung der Hypothek auf sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten beruht ⁷⁰⁾ und nicht allein auf grundbuchtechnischen Erwägungen.

Schließlich kann die Klausel auch dahin verstanden werden, daß die Parteien einen Gesamterbbauzins vereinbaren wollen. Die Vertragspartner verstehen darunter, daß der ursprünglich fest vereinbarte Erbbauzins zusammen mit den Änderungsbeträgen, die sich auf Grund der Klausel ergeben, die Gegenleistung des Erbbauberechtigten für die Überlassung des Baugrunds bilden. Sie sehen in dieser Gegenleistung eine einheitliche Gesamtleistung, auch wenn dafür mehrere zusätzliche Reallasten in das Erbbaugrundbuch eingetragen werden. Die einzelnen Eintragungen enthalten immer einen ziffernmäßig bestimmten Erbbauzins, so daß gegen diese Auffassung im Hinblick auf § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO keine Bedenken bestehen können. Auch bei dieser Auslegung entsteht ein vormerkungsfähiger Anspruch, da die einzelnen Erhöhungsbeträge eintragbare Rechte darstellen (Reallasten).

Nach dem Recht der Vormerkung muß der vorzumerkende Anspruch, der in der Wertsicherungsklausel festgelegt ist, immer einer bestimmten Person, nämlich dem Gläubiger, zustehen ⁷¹⁾. Die Vormerkung kann ihrem Wesen nach nie sub-

68) DNotZ 1959 S. 179; vgl. im Ergebnis auch Mohrbutter-Riedel NJW 1957 S. 1503.

69) JW 1937 S. 3157.

70) Siehe Fußnote 66. Gegen die hier vertretene Auffassung auch Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 11 ErbbVO, der ebenfalls in der Änderung des Erbbauzinses eine Inhaltsänderung des Rechts sieht.

71) Palandt-Hoche § 883 Anm. 3b.

ektiv-dinglich, sondern nur subjektiv-persönlich eingetragen werden⁷²⁾. Die bestimmte Person ist zunächst der den Erbbaurechtsvertrag schließende Grundstückseigentümer persönlich. Es ist aber auch zulässig, den jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks als anspruchsberechtigt zu vereinbaren. Denn im Schuldrecht ist es aus Gründen der Vertragsfreiheit unbedenklich, die Bestimmung des Gläubigers an den Eintritt einer Tatsache oder an ein sachliches Merkmal zu knüpfen; als solches kommt vor allem auch die jeweilige Inhaberschaft eines Sachenrechts in Betracht⁷³⁾. Die Vormerkung wird dadurch nicht subjektiv dinglich. Anspruchsberechtigt bleibt immer der Eigentümer des Grundstücks. Im Gegensatz dazu muß aber der Inhalt des geschützten Anspruchs notwendigerweise subjektiv-dinglich sein^{73a)}. Denn die künftigen Ansprüche auf Erhöhung des Erbbauzinses können gem. § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO nicht von dem Eigentum am Erbbaugrundstück getrennt werden. Sie sind vor ihrer Fälligkeit Bestandteile des Grundstücks (§ 96 BGB).

Die Klausel muß deshalb so abgefaßt werden, daß der Erbbauberechtigte verpflichtet wird, bei Eintritt der vereinbarten Bedingungen in die Erhöhung des Erbbauzinses einzuwilligen. Auf der Gegenseite wird der Grundstückseigentümer Gläubiger des Erhöhungsanspruchs. Bei der Formulierung der Wertsicherungsklausel ist zu beachten, daß der Sonderrechtsnachfolger des Erbbauberechtigten nicht wirksam zur Erhöhung verpflichtet werden kann, da es nach der geltenden Rechtsordnung einen Vertrag zu Lasten Dritter nicht gibt. Deshalb kann eine Vereinbarung, daß der jeweilige Erbbauberechtigte aus der Klausel verpflichtet werden soll, nicht getroffen werden. Verpflichteter zur Bestellung des neuen Erbbauzinses kann nur der vertragschließende Erbbauberechtigte selbst sein. Auf Grund des schuldrechtlichen Charakters der Klausel bindet sie nur die Vertragspartner. Der Erbbauberechtigte kann aber die Verpflichtung aus der Klausel zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Erbbaugrundstücks übernehmen, so daß anspruchsberechtigt aus der Klausel immer derjenige ist, der im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Neu festsetzung des Erbbauzinses Eigentümer des Erbbaugrundstücks sein wird. Diese Vereinbarung entspricht dem anerkannten Rechtsinstitut eines schuldrechtlichen Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB).

Der erste Erbbauberechtigte kann aus Gründen der Vertragsfreiheit im Erbbaurechtsbestellungsvertrag verpflichtet werden, dafür zu sorgen, daß sein etwaiger Sonderrechtsnachfolger die Verpflichtung aus der Klausel ebenfalls übernimmt. Ferner kann dieser erste Sonderrechtsnachfolger wiederum verpflichtet werden, seinen Sonderrechtsnachfolger im Sinne der Klausel zu verpflichten, so daß eine ununterbrochene Kette von Verpflichtungen unter den Sonderrechtsnachfolgern entsteht.

72) Staudinger-Seufert § 883 Rd. Nr. 16; Baur SR § 20 II 1c.

73) Wolff-Raiser SR § 48 Anm. 7; vgl. auch RGZ 128 S. 246.

73a) So auch BayObLGZ 1961 S. 23 ff.; vgl. auch DNotZ 1962 S. 139.

Damit ist aber dem Grundstückseigentümer nicht viel geholfen, da es sich bei diesen Vereinbarungen nur um schuldrechtliche Verpflichtungen handelt, die dinglich nicht gesichert werden können und deshalb bei einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechts überhaupt nichts nützen. Außerdem hat der Erbbaubausgeber unmittelbar keine Möglichkeit gegenüber dem Erbbauberechtigten die Einhaltung dieser Vertragspflichten durchzusetzen, wenn der Inhaber des Erbbaurechts sein Recht veräußert ohne die Verpflichtung aus der Klausel an den Übernehmer weiterzugeben. Er ist primär auf einen zweifelhaften Schadenersatzanspruch angewiesen, es sei denn, er verhindert den Verkauf des Erbbaurechts überhaupt, indem er seine gemäß § 5 Abs. 1 ErbbVO zur Veräußerung des Erbbaurechts erforderliche Zustimmung verweigert.

Ob allerdings die Gerichte in diesen Fällen die Ablehnung der Zustimmung als ausreichend begründet ansehen, kann in vielen Fällen zweifelhaft sein. Denn § 7 Abs. 3 ErbbVO wurde eingeführt, damit der Erbbauberechtigte nicht allein vom Willen des Grundstückseigentümers abhängig ist, wenn er sein Erbbaurecht veräußern will. In diesem Zusammenhang ist vor allem zu berücksichtigen, daß die Veräußerlichkeit ein Wesensmerkmal des Erbbaurechts ist (§ 1 Abs. 1 ErbbVO)⁷⁴⁾.

Wenn einer der Vertragspartner stirbt, so treten hinsichtlich der einzelnen Rechte und Pflichten keine Schwierigkeiten auf, da die Universalsukzession den gesamten Verpflichtungskomplex nicht verändert, sondern im ganzen auf den (die) Erben übergehen läßt (§ 1922 BGB). Die Gesamtrechtsnachfolger treten also kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten aus der Klausel ein.

Der Erhöhungsanspruch aus der Klausel soll nach dem Willen der Vertragspartner erst unter bestimmten Voraussetzungen in der Zukunft wirksam werden. Dies steht der Eintragung einer Vormerkung schon z. Zt. der Vereinbarung der Klausel nicht entgegen, da gem. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB auch ein künftiger oder ein bedingter Anspruch vorgemerkt werden kann. Zunächst ist zu klären, ob die Wertsicherungsklausel einen bedingten oder einen künftigen Anspruch enthält, da bei künftigen Ansprüchen zur Eintragung einer Vormerkung besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Bei einem bedingten Anspruch ist nur die Durchsetzbarkeit bis zu einem künftigen ungewissen Ereignis aufgeschoben, während beim künftigen Anspruch erst eine allerdings begründete Aussicht auf Entstehung dieses Anspruchs besteht. Nach dem Sinn und Zweck der Wertsicherungsklausel soll nicht schon z. Zt. des Vertragsabschlusses ein durch den Eintritt bestimmter Ereignisse bedingter Erhöhungsanspruch (Anwartschaftsrecht) geschaffen werden, sondern der Neufestsetzungsanspruch soll erst in Zukunft entstehen, wenn sich die Parteien über die Höhe des neuen Zinses in Verhandlungen geeinigt haben. Der Erhöhungsanspruch muß also als künftiger Anspruch qualifiziert werden.

Ein derartiger Anspruch kann nur dann durch eine Vormerkung gesichert werden,

74) Vgl. Ripfel DNotZ 1958 S. 459 Fußnote 15.

wenn für die künftige Entstehung des Anspruchs nicht lediglich eine mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern wenn bereits ein festes Rechtsverhältnis vorliegt, aus dem der künftige Anspruch erwachsen kann ⁷⁵⁾. Bei dem künftigen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses ist der von der Rechtsprechung geforderte "feste Rechtsboden" ⁷⁶⁾ in den rechtlichen Beziehungen begründet, die zwischen den Vertragspartnern durch den Abschluß des Erbbaurechtsbestellungsvertrags, in dem die Wertsicherungsklausel enthalten ist, entstanden sind.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage, welche Anforderungen an den künftigen Anspruch wegen des im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes gestellt werden müssen. Dieses Prinzip verlangt, daß jede Eintragung so bewirkt werden muß, daß sich Art und Umfang des gesicherten Anspruchs aus dem Eintragungsvermerk, bzw. aus der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für jeden Dritten erkennbar ergeben ⁷⁷⁾. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß bei den einzelnen Vormerkungseintragungen aus sachlichen Gründen unterschiedliche Anforderungen an diesen grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gestellt werden können. Denn die verschiedenen Arten der dinglichen Rechte haben nach unserem Rechtssystem unterschiedliche Aufgaben zu erfüllen. Daraus erklärt sich, daß nicht bei jeder Art von Vormerkungseintragung dieselbe Genauigkeit der Eintragung erreicht werden kann. Der anzulegende Maßstab wird von der Art und dem Charakter des zu sichernden Anspruchs bestimmt. Bei künftigen Ansprüchen liegt es in der Natur der Sache, daß sie regelmäßig eine gewisse Unbestimmtheit hinsichtlich ihrer Höhe in sich tragen. Niemand kann angesichts des dauernden Wechsels der wirtschaftlichen Lage eine zuverlässige Prognose über die Höhe des künftigen Erbbauzinses stellen. Ferner spricht für eine Auflockerung des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes die Tatsache, daß die Vormerkung zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruchs in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs einzutragen ist. Es wird regelmäßig angenommen ⁷⁸⁾, daß an eine in Abteilung II des Grundbuchs einzutragende Vormerkung nicht dieselben strengen Maßstäbe anzulegen sind, wie sie etwa für eine Vormerkung in Abteilung III des Grundbuchs vorgeschrieben sind. So ist z.B. bei einer Hypothekenvormerkung anerkannt, daß die zu sichernde Belastungssumme ziffernmäßig eingetragen werden muß. Dies folgt für das Hypothekenrecht aus den Bestimmungen der §§ 1113 BGB und 28 Abs. 2 GBO. Für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses fehlt eine ähnliche gesetzliche Regelung. Zwar ist für den Erbbauzins in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO vorgeschrieben, daß er ziffernmäßig

75) So d.h.M. vgl. RGZ 151 S. 75 und BGHZ 12 S. 117, sowie die dort angegebene Literatur.

76) BGHZ 12 S. 118.

77) RGRK Vorbem. 4 vor § 873 BGB; VGL RG JW 1938 S. 457.

78) Ripfel DNotZ 1958 S. 461 und Wangemann DNotZ 1959 S. 179.

bestimmt sein muß. Diese Regelung gilt aber nur für den eingetragenen Erbbauzins, dagegen nicht für den schuldrechtlichen Erhöhungsanspruch. Bei Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses sind daher die von der Rechtsprechung für künftige Ansprüche allgemein entwickelten Grundsätze maßgebend. Danach kann eine Vormerkung eingetragen werden, wenn der künftige Anspruch nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder noch zumindest bestimmbar ist ⁷⁹⁾. Durch die Zulässigkeit der bloßen Bestimmbarkeit für den vorgemerkten künftigen Erbbauzins ist die Gleichstellung mit dem allgemeinen Recht der Reallasten wieder erreicht, die durch die Bestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO für den eingetragenen Erbbauzins beseitigt worden ist. Denn im Recht der Reallasten genügt grundsätzlich für jede Eintragung die Bestimmbarkeit des Reallastbetrages ⁸⁰⁾. Da also die bloße Bestimmbarkeit des Erhöhungsanspruches für die Eintragung der Vormerkung genügt, braucht im Erbbaugrundbuch für den künftigen Erhöhungsbetrag keine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme angegeben zu sein ⁸¹⁾. Die endgültige Höhe des Erbbauzinses, der sich aus der Klausel ergibt, steht erst mit Beendigung des Erbbaurechts fest, da erst zu diesem Zeitpunkt die Klausel ihre Wirksamkeit verliert. Unter Bestimmbarkeit im Sinne des § 883 BGB versteht man, daß der künftige Anspruch nach seinem Inhalt, nach Art und Umfang für Dritte erkennbar ist. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist die Vornahme der Eintragung. Das Grundbuch kann seine Aufgabe nur erfüllen, wenn die Eintragung so klar und eindeutig ist, daß jeder verständige Interessierte, der in das Grundbuch Einsicht nimmt, sich einen sicheren Überblick über die Rechtsverhältnisse am Erbbaurecht verschaffen kann. Zum Umfang des künftigen Anspruchs gehört vor allem dessen Höhe. Man kann nun den Begriff der Bestimmbarkeit dahin verstehen, daß schon im Zeitpunkt der Eintragung die Höhe des zu erwartenden Anspruchs ziffernmäßig feststellbar sein muß. Bei dieser Auslegung wäre jede Vormerkung zur Sicherung des Erhöhungsanspruches ausgeschlossen, da sich im gegebenen Fall diese Art von Bestimmbarkeit niemals erreichen läßt. Die künftige wirtschaftliche Entwicklung kann nicht eingeplant werden, sonst könnte man ja auf die Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln verzichten. Diese strenge Auslegung ist aber nicht die einzig mögliche. Die Höhe eines künftigen Anspruchs ist auch dann bestimmbar, wenn die sachlichen Voraussetzungen, die für die Erhöhung des Erbbauzinses maßgeblich sein sollen, in der Klausel so genau bezeichnet werden, daß beim Eintritt der vertraglich festgesetzten Erhöhungsvoraussetzungen die Höhe des Erbbauzinses jeweils ziffernmäßig berechnet werden kann. Eine gewisse Stütze findet diese Auslegung hinsichtlich der Bestimmbarkeit auch in der herrschenden Rechtsprechung ⁸²⁾ zur Abtretung

79) Vgl. RGZ 151 S. 79 und Palandt-Hoche § 883 Anm. 3b BGB.

80) Bay. ObLGZ 1953 S. 200.

81) So auch Ripfel DNotZ 1958 S. 463 und Wangemann DNotZ 1959 S. 179.

82) Vgl. RGZ 55 S. 334; 163 S. 102; sowie Enneccerus-Lehmann § 78 III.

der künftigen Forderungen. Dogmatisch ist die Forderung der schuldrechtliche Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Rechts. Es muß also das, was für die Forderung gilt, auch entsprechend beim Anspruch Gültigkeit haben⁸³⁾. Die Abtretung einer künftigen Forderung ist schon dann zulässig, wenn diese bestimmbar ist, d.h. so genau gekennzeichnet ist, daß sie spätestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung zweifelsfrei bestimmt werden kann. Dieses Beispiel darf auf keinen Fall überbewertet werden, da es bei der Abtretung künftiger Forderungen um andere Probleme geht als bei der Bestimmung des künftig zu erhöhenden Erbbauzinses. Aber es ist ein Beweis dafür, daß der Begriff der Bestimmbarkeit auch in einem weiteren Sinn verstanden wird.

Weiter folgt aus dem im Grundbuchrecht allgemein geltenden Bestimmtheitsgrundsatz, daß ein vorzumerkender künftiger Anspruch auch der Zeit nach bestimmbar sein muß, da andernfalls sein Umfang nicht erkennbar ist. Es können zwar grundsätzlich auch bedingte Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei es in den meisten Fällen ungewiß sein wird, wann der Anspruch zeitlich entsteht, da der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung nicht von vornherein feststeht. Aus der gesetzlich zulässigen Sicherung von bedingten oder künftigen Ansprüchen durch eine Vormerkung ergibt sich aber nicht automatisch, daß jeder bedingte bzw. künftige Anspruch vormerkbar ist. Voraussetzung ist stets eine genügende Bestimmbarkeit im Einzelfall.

Einzelne Beispiele aus der Rechtsprechung zur Bestimmbarkeit des künftigen Erhöhungsanspruchs:

Dem OLG Oldenburg⁸⁴⁾ lag folgende Klausel zur Entscheidung vor: Die Parteien hatten vereinbart, daß bei wesentlichen Veränderungen der Währungs- und Wirtschaftsverhältnisse der Erbbauzins in angemessener Weise den dann gegebenen Verhältnissen anzupassen ist. Als Wertmesser wurde ein bestimmter Stundenlohn einer Handwerkslohngruppe bezeichnet. Bei einer Veränderung dieses Stundenlohnes um mehr als 20 % gegenüber dem Stand vom 1.1.1960 nach oben oder unten soll auch der Erbbauzins geändert werden.

Bei dieser Klausel rügte das Gericht das Fehlen der zeitlichen Bestimmbarkeit des künftigen Anspruchs. Es führte aus, der Vertrag lasse offen, von wann ab mit einer Erhöhung des Erbbauzinses gerechnet werden könne und müsse und deshalb sei der Umfang des künftigen Anspruchs nicht erkennbar. Das Gericht gestand zwar zu, daß es in der Regel sehr schwierig sei, einen Anspruch der von einer zunächst unbekannten Entwicklung abhängt, zeitlich näher zu begrenzen. In derartigen Fällen verlangt das Oberlandesgericht eine zusätzliche Vereinbarung, in der bestimmt ist, daß der Erbbauzins jeweils in bestimmten Zeitabschnitten erneut überprüft und

83) Vgl. Larenz I S. 15.

84) DNotZ 1962 S. 250 ff.

gegebenenfalls dann geändert werden soll, wenn im Zeitpunkt einer solchen Überprüfung die vereinbarten Voraussetzungen (Änderung der Vergleichsgröße) erfüllt sind.

Dieser Ansicht des OLG Oldenburg kann nicht gefolgt werden. Dem Gericht ist zwar darin beizupflichten, daß bei der vorliegenden Klausel der erste mögliche Zeitpunkt der Erhöhung des Erbbauzinses im Gegensatz zu der vom Gericht verlangten turnusmäßigen Überprüfung nicht datumsmäßig aus dem Grundbuch ersichtlich ist, da die Änderung der Bezugsgröße nicht vorhersehbar ist. Eine derartig genaue Zeitangabe erfordert aber der Begriff der Bestimmbarkeit nicht. Denn bei den strengen Anforderungen, welche das OLG stellt, wäre schon eine eindeutige zeitliche Bestimmtheit gegeben. Naturgemäß läßt sich erst nach Eintritt der veränderten Umstände feststellen, daß der Erhöhungsfall eingetreten ist und damit kann erst in diesem Zeitpunkt die Heraufsetzung des Erbbauzinses zeitlich genau bestimmt werden. Das Erfordernis der zeitlichen Bestimmbarkeit ist schon dann erfüllt, wenn der als Bezugsgröße vorgesehene Wertmaßstab (z.B. Beamtengehalt) von Anfang an eindeutig und unmißverständlich vereinbart ist. Damit wird der Zeitpunkt für die Erhöhung des Erbbauzinses eindeutig durch sachliche Merkmale charakterisiert und somit auch bestimmbar. Es bedarf dazu keiner weiteren zusätzlichen Überprüfung in bestimmten Zeitabschnitten (z.B. alle 10 Jahre) mit der Maßgabe, daß der Erbbauzins nur jeweils im Zuge dieser turnusmäßigen Überprüfung der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklung der Vergleichsgröße angepaßt werden kann. Im übrigen ist für die Höhe des Erbbauzinses nicht die Festsetzung einer datumsmäßigen Zeitangabe von Bedeutung, sondern allein die Anzahl der Änderungen der Vergleichsgröße. Durch die genauen Zeitangaben bei einer turnusmäßigen Überprüfung wird entgegen der Ansicht des OLG Oldenburg der Umfang des künftigen Anspruchs nicht näher bestimmt, als wenn man jeweils allein auf den Zeitpunkt des Eintritts der einzelnen Änderungen der Vergleichsgröße abstellt. Denn am Ende des vereinbarten Zeitabschnittes müssen auch bei einer turnusmäßigen Überprüfung alle zwischenzeitlichen Änderungen der Bezugsgröße berücksichtigt werden. Bei einer Überprüfung in Perioden werden nur die einzelnen Änderungen auf einen bestimmten Termin zusammengefaßt, aber eine größere Bestimmbarkeit der Höhe des Erbbauzinses läßt sich damit nicht erreichen, da die Entwicklung der Vergleichsgröße nicht vorhersehbar ist.

Außerdem läßt die formalistische Auslegung des Begriffs der Bestimmbarkeit durch das OLG Oldenburg den Parteiwillen völlig außer Acht. Diesen geht es erkennbar nur darum, daß durch die Klausel das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung im Verlaufe der Erbbauzeit erhalten werden soll. Dieses Ziel kann nur dadurch erreicht werden, daß der Erbbauzins auch innerhalb fest bestimmter Perioden geändert werden kann (z.B. bei zwischenzeitlich erfolgender Inflation).

Eine andere, mit dem Problem der zeitlichen Bestimmbarkeit nicht zusammenhängende Frage stellt sich dahin, ob die turnusmäßige Überprüfung des Erbbauzinses in der Praxis nicht zweckmäßig sein kann. Dies ist für den Fall der Angleichung an ein bestimmtes Beamtengehalt unbedingt zu bejahen, da damit die Anzahl der Grundbuchänderungen stark vermindert wird. Zum Schutze des Grundstückseigentümers muß aber neben einer solchen turnusmäßigen Überprüfung auch für den zwischenzeitlich möglichen Fall des Eintritts einer Inflation ein Neufestsetzungsanspruch vereinbart werden, der eine sofortige Angleichung ermöglicht. Eine Zusammenfassung der einzelnen Änderungen der Vergleichsgröße könnte auch dadurch erreicht werden, daß eine Angleichung des Erbbauzinses an den Wertmesser nur dann erfolgen soll, wenn sich dieser im Laufe der Jahre um mehr als 20 % ändert.

Der Bundesgerichtshof befaßte sich in seiner Entscheidung vom 28.11.1956 ⁸⁵⁾ nicht expressis verbis mit dem Problem der zeitlichen Bestimmbarkeit. In der Klausel, die ihm zur Entscheidung vorgelegen hatte, war im Vertrag neben einer Überprüfung im Zehnjahresrhythmus vorgesehen, daß eine Änderung des Erbbauzinses auch zwischenzeitlich unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein soll. Obwohl auch in diesem Beispiel aus der Sicht des Vertragsschlusses unbeantwortet bleibt, an welchem bestimmten Tag die durch die Vormerkung gesicherte Erhöhung des Erbbauzinses eintreten soll, hat der Bundesgerichtshof die Eintragung der Vormerkung für zulässig erklärt, ohne auf das Problem der zeitlichen Begrenzung des künftigen Anspruchs näher einzugehen. Daraus folgt zumindest indirekt, daß nach der Meinung des BGH die zeitliche Bestimmbarkeit auch in den Fällen gewährleistet ist, in denen der Zeitpunkt der Änderung der Vergleichsgröße von sachlichen Merkmalen abhängig ist. Ebenso hat das OLG Hamm ⁸⁶⁾ eine Klausel für zulässig erklärt, in der die Erhöhung des Erbbauzinses von der Änderung eines bestimmten Beamtengehalts abhängig gemacht worden war.

Allgemein ist zu bemerken, daß der Bundesgerichtshof ⁸⁷⁾ nur geringe Anforderung an die Bestimmbarkeit eines künftigen Erhöhungsanspruchs stellt. Ob die vom BGH geübte Großzügigkeit mit dem im Grundbuchrecht herrschenden Bestimmtheitsgrundsatz vereinbart werden kann, erscheint zumindest im obengenannten Fall ⁸⁷⁾ zweifelhaft. Dem Gericht lag folgende Klausel zur Entscheidung vor: Von den Parteien waren ziffernmäßig bezeichneter dinglicher Erbbauzins für die Dauer der gesamten Erbbauzeit vereinbart worden. Für den künftigen Erbbauzins war aber nur bestimmt, daß er den seinerzeitigen (gemeint ist der erste Erhöhungszeitpunkt) Verhältnissen entsprechend erneut festzusetzen sei. Als Bemessungsgrundlage soll der jeweilige gemeine Wert des Grundstücks dienen und der Erbbauzins nicht unter 3 % des Wertes des Erbbaugrundstücks absinken dürfen.

85) BGHZ 22 S. 220 ff.

86) NJW 63 S. 1503.

87) Siehe Fußnote 85.

Zunächst ist fraglich, was mit der Mindestklausel bezweckt werden soll. Damit kann einmal gemeint sein, daß jedes Absinken der jährlichen Erbbauzinsrate unter 3 % des Verkehrswertes des Erbbaugrundstückes einen Neufestsetzungsanspruch auslösen soll. Sie kann aber auch dahin verstanden werden, daß der bei der ersten Neufestsetzung (z.B. nach 10 Jahren) zu errechnende Zinsbetrag nicht weniger als 3 % des neuen Verkehrswertes betragen dürfe. Außerdem fehlt in der Klausel eine feste Relation des Erbbauzinses zum Grundstückswert. Wenn auch der Bundesgerichtshof erklärt, daß der Erbbauzins an den jeweiligen Grundstückswert angepaßt werden müsse, so gibt dies aber keinen Anhaltspunkt dafür, in welcher Weise und in welchem Verhältnis der Zins angepaßt werden soll. Die Parteien haben abgesehen von der Mindestklausel praktisch freie Hand, welchen Prozentsatz des Verkehrswertes des Grundstücks sie als Erbbauzins festlegen wollen. Sie können auch bei wiederholten Neufestsetzungen verschiedene Prozentsätze wählen. Angesichts dieser Mängel muß gesagt werden, daß diese Anpassungsklausel nicht geeignet ist, den für die Zukunft vorzumerkenden Erbbauzins ausreichend bestimmbar zu kennzeichnen⁸⁸⁾. Keinesfalls wird durch eine derartige Klausel die Bereitschaft eines Kreditgebers zur Gewährung eines nachrangig gesicherten Baudarlehen gefördert. Die Unsicherheiten hinsichtlich der Bestimmbarkeit dürften auch der Anlaß gewesen sein, daß sich das OLG Oldenburg⁸⁹⁾ in einem ähnlichen Fall zu einem Vorlegungsbeschluß veranlaßt sah, ob der Bundesgerichtshof noch an seiner Rechtsprechung festhalte.

Wenn man schon den Grundstückswert als Bezugsgröße vereinbaren will, so muß zumindest eine feste Relation zwischen Grundstückswert und Erbbauzins angegeben werden. Ferner muß in der Klausel unbedingt berücksichtigt werden, daß sich der Erbbauzins nicht allein nach dem steigenden Grundstückswert richten darf. Denn diese Vereinbarung kann leicht zu einer Gefährdung nachstehender Hypothekare führen, wenn der Erbbauberechtigte aus dem Erbbaurecht nicht den Ertrag erzielt, der nach Lage des Grundstücks erreicht werden könnte. Man nehme folgendes Beispiel an: Jemand baut in der Nähe einer Stadt ein Einfamilienhaus im Erbbaurecht. Der Grundstückswert beträgt bei Bestellung des Erbbaurechts 2000 DM, der Zins 4 % des Grundstückswertes, jährlich also 80 DM. Nach zwanzig Jahren ist der Wert des Grundstücks aus besonderen Gründen um das zehnfache auf 20 000 DM angestiegen. Der Zins würde bei 4 % jetzt 800 DM jährlich betragen. Um die Gefahr dieser Anpassungsklausel deutlich hervorzuheben, soll nach vielleicht 50 Jahren der Wert des Grundstücks infolge der Errichtung einer Hauptgeschäftsstraße auf 100 000 DM steigen. Der Zins würde sich dadurch auf 4 000 DM jährlich erhöhen. Für den Erbbauberechtigten, der auf diesem Grundstück ein Ein-

88) Vgl. Wangemann NJW S. 153, Jahrgang 1960.

89) NJW 58 S. 480.

familienhaus besitzt, ist dieser Zinsbetrag nicht mehr tragbar, obwohl er nach Lage des Grundstücks angemessen wäre. Dieser Härtefall ist darauf zurückzuführen, daß nun das Einfamilienhaus nicht mehr die bestmögliche Ausnutzung dieses Grundstücks darstellt. Ein Mietshaus oder ein Geschäftshaus wäre jetzt die richtige Bodennutzung. Diese, für den Erbbauberechtigten und seine Kreditgeber gefährlichen Folgen dieser allgemeinen Anpassungsklausel können nur dadurch verhindert werden, daß die Vertragspartner vereinbaren, daß der Grundstückseigentümer nur dann eine Erhöhung des Zinses verlangen könne, wenn ein Grundstück in ähnlicher Lage, sofern es entsprechend dem Erbbaurechtsvertrag genutzt ist, eine höhere Rendite erbringen würde.

Bei einer derartigen Anpassungsklausel wird es zweckmäßig sein, den Neufestsetzungsanspruch entweder erst mit Ablauf einer bestimmten Zeitspanne (z.B. alle 10 Jahre) entstehen zu lassen oder aber zu vereinbaren, daß der Neufestsetzungsanspruch erst dann entsteht, wenn sich der Grundstückswert um mehr als 25 % verändert hat. Denn bei den dauernden Schwankungen, denen die Grundstückspreise zwangsläufig unterworfen sind, würde sich die Vergleichsgröße dauernd ändern und dies hätte eine Vielzahl von Eintragungen zur Folge. Dadurch wäre eine Gefährdung der Übersichtlichkeit des Erbbaugrundbuches zu besorgen.

Das Landgericht Bochum ⁹⁰⁾ hat die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung mangels ausreichender Bestimmbarkeit der Höhe des künftigen Anspruchs verneint, wenn im Erbbaurechtsvertrag vereinbart ist, daß der Erbbauzins neu festgesetzt werden soll, wenn sich die Lebenshaltungskosten um mehr als 20 Punkte nach oben oder unten verändern. Außerdem war ein Höchstbetrag für die Höhe des Zinses der künftig verlangt werden kann, vereinbart worden.

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Zwar ist entgegen der Ansicht des Gerichts der künftige Anspruch genügend zeitlich bestimmbar, da die Anpassung eindeutig nur bei Eintritt der Änderung der Vergleichsgröße (Lebenshaltungskosten) erfolgen soll. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt nämlich die Angabe von sachlichen Merkmalen zur Bestimmung des Erhöhungszeitpunktes ^{90a)}. Es fehlt aber an jedem Maßstab für die Bemessung der Höhe des neu festzusetzenden Erbbauzinses. Die Änderung der Lebenshaltungskosten um mehr als 20 Punkte löst nur den Neufestsetzungsanspruch aus, regelt aber nicht die Höhe des künftigen Anspruchs. In der Klausel hätte zumindest angegeben werden müssen, nach welchen Grundsätzen die Steigerung des Erbbauzinses erfolgen soll (z.B. feste Relation zwischen der Änderung der Lebenshaltungskosten und der Erhöhung des Erbbauzinses). Auch die vorgesehene Eintragung eines Höchstbetrages für die künftige

90) NJW 60 S. 153.

90a) Siehe S. 28.

Belastung des Erbbaurechts durch den Erbbauzins hat unter dem Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit keine Bedeutung, da dadurch der künftige Erhöhungsanspruch seiner Höhe nach nicht näher bestimmt wird, sondern nur die zu erwartende Höchstbelastung begrenzt ist.

Das OLG Dresden ⁹¹⁾ hält eine Vormerkung zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruchs für zulässig, sofern der Anspruch vertragsmäßig festgelegt ist. In dem zur Entscheidung stehenden Fall brauchte das Gericht auf das Problem der Bestimmbarkeit nicht näher einzugehen, da es darauf aus hier nicht interessierenden Gründen nicht ankam. Das OLG Oldenburg ⁹²⁾ will den Nebensatz "sofern der Anspruch vertragsmäßig festgelegt ist" dahin verstehen, daß Voraussetzung der Vormerkungseintragung die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der einzelnen künftigen Erbbauzinsleistungen sei und zwar in dem Sinn, daß die zu erwartende Höhe auf Grund der Eintragung schon im Zeitpunkt der Eintragung errechenbar sei. In diesem Sinne wird man aber die Entscheidung des OLG Dresden nicht verstehen dürfen. Denn nach dem Willen des Gerichts sollte den Parteien durch diesen Hinweis ein Weg gezeigt werden, um die künftigen Ansprüche auf Erhöhung des Erbbauzinses dinglich zu sichern. Der Nebensatz "soweit der Zins vertragsmäßig festgelegt ist" kann deshalb nur den Sinn haben, daß die Parteien zu einer bestimmten Vereinbarung gezwungen werden, welche die sachlichen Voraussetzungen für die künftige Neufestsetzung des Zinses regelt ⁹³⁾.

Aus den angeführten Beispielen ergibt sich, daß sich zu der Frage der Bestimmbarkeit, insbesondere was die zeitliche Begrenzung des künftigen Anspruchs betrifft, keine einheitliche Rechtsprechung gebildet hat. Eine befriedigende Lösung für alle Beteiligten läßt sich nur dadurch erreichen, daß man die Angabe von sachlichen Merkmalen als ausreichende zeitliche Bestimmbarkeit des künftigen Erhöhungsanspruchs genügen läßt. Bei einer nur turnusmäßigen Überprüfung wäre die Klausel für den praktisch wichtigsten Fall, nämlich den der Inflation, bedeutungslos, wenn diese zwischenzeitlich eintritt.

Die Vormerkung ist nur dann ein brauchbares Sicherungsmittel, wenn sich ihre Wirksamkeit nicht auf den ersten Erhöhungsfall beschränkt, sondern alle möglichen künftigen Änderungsfälle erfaßt. Ripfel ⁹⁴⁾ meint, der Vormerkungsfall könne nur einmal eintreten. Denn mit dem Eintritt des ersten Erhöhungsfallles sei die Schutzwirkung der Vormerkung verbraucht. Sie könne nicht dahin verstanden werden, daß im Falle des Eintritts weiterer obligatorischer Bestellungsansprüche der Vormerkungsschutz immer wieder von neuem auf Grund einer einzigen Vormerkung eintrete. Es wäre sonst kein Ende abzusehen. Geschützt durch die Vormer-

91) JFG 3 S. 329.

92) DNotZ 1956 S. 253.

93) Vgl. auch BGHZ 22 S. 225.

94) DNotZ 1958 S. 462.

kung könne nur derjenige Grundstückseigentümer sein, der zu der Zeit, in welcher die Voraussetzungen für den Neufestsetzungsanspruch vorliegen, Eigentümer des Erbbaugrundstücks sei. Bei der Neubestellung des Erbbauzinses handle es sich nicht um einen Teil des Gesamterbbauzinses, dessen endgültige Höhe erst mit der Beendigung des Rechts feststehe, sondern um eine selbständige, von der ersten Eintragung unabhängige Reallast. Die Annahme eines Gesamterbbauzinses würde gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO verstoßen.

Ripfel hat zwar insoweit recht, als er annimmt, daß die Eintragung mehrerer selbständiger Reallasten, die erst nach und nach entstehen, nicht durch eine einzige Vormerkung gesichert werden können. Von seinem Standpunkt aus, daß bei der Neufestsetzung eine völlig unabhängige Reallast entsteht, kann die Vormerkung folgerichtig nur für einen Änderungsfall gelten. Grundsätzlich schützt die Vormerkung nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung, es sei denn, es ergibt sich aus dem Gesetz, daß das vorzumerkende Recht selbst für mehrere Fälle bestellt werden kann. So ist z.B. in § 1097 BGB gesetzlich festgelegt, daß das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Vorkaufsfälle eingetragen werden kann. Damit gilt auch die Vormerkung für mehrere Fälle. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage ist jedoch beim Erbbauzins nicht vorhanden.

Fraglich ist aber, ob der Ausgangspunkt Ripfels richtig ist. Wie oben ^{94a)} ausgeführt, kann die Klausel nach ihrem Wortlaut auch als Vereinbarung eines Gesamterbbauzinses aufgefaßt werden. Darin liegt entgegen Ripfel kein Verstoß gegen den in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO festgelegten Bestimmtheitsgrundsatz. Denn die Parteien vereinbaren in der Wertsicherungsklausel für die späteren Zeitabschnitte einen gleitenden Erbbauzins nicht von vornherein als dingliches Recht, sondern sie treffen nur schuldrechtliche Abreden zur Erhöhung des Erbbauzinses, weil ihnen eine genaue Fixierung der künftigen Reallast nicht möglich ist. Insoweit wird der Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO nicht berührt, da dieser nur für den bereits eingetragenen Erbbauzins gilt ⁹⁵⁾. Dennoch fassen die Parteien bereits bei Vertragsschluß einen Gesamterbbauzins ins Auge, der nach dem Willen der Beteiligten in der zur Zeit noch nicht bekannten Höhe das Gesamtentgelt für die Überlassung des Baugrundes während der Erbbauphase darstellen soll. Die bekannte Höhe wird eingetragen und der noch unbestimmte Betrag vorgemerkt. Die zusätzlichen Reallasten, die auf Grund der Klausel evtl. in das Erbbaugrundbuch eingetragen werden, sind ziffernmäßig bestimmt und stellen Teile des schuldrechtlich vereinbarten Gesamterbbauzinses dar ^{95a)}.

94a) Siehe S. 22.

95) Siehe S. 12 und 13.

95a) Für die Annahme eines Gesamterbbauzinses auch Wangemann DNotZ 1959 S. 177.

Bei dieser Auslegung erfaßt die Vormerkung alle möglichen künftigen Erhöhungsfälle. Denn vorgemerkt ist nicht ein bestimmter Betrag, sondern die erst bei Beendigung des Erbbaurechts feststehende Gesamtsumme des Zinses. Der Vormerkungsschutz dauert solange an, bis die vorgemerkte Höhe des einzutragenden Rechts erreicht ist. Diese Auffassung findet im Hypothekenrecht ihre Bestätigung. Bei einer vorgemerkten Hypothek können Teilbeträge dieses Rechts nach und nach eingetragen werden. Der Schutz der Vormerkung erschöpft sich nicht schon mit der ersten Teileintragung, sondern erst dann, wenn die vorgemerkte Gesamtsumme erreicht ist. Im Gegensatz zur vorgemerkten Hypothek braucht aber beim vorgemerkten Erbbauzins die endgültige Höhe der zu erwartenden Belastung nicht von vornherein festzustehen, da für den vorgemerkten künftigen Erhöhungsanspruch bloße Bestimmbarkeit genügt⁹⁶⁾. Der Vormerkungsschutz erlischt also erst mit der Beendigung des Erbbaurechts.

Der Erhöhungsbetrag wird als zusätzliche Reallast in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs an der vorgemerkten Stelle eingetragen. Die ursprüngliche Reallast wird durch diese Eintragung nicht berührt und behält ihren Rang bei. Es ist also möglich, daß der ursprüngliche Erbbauzins und der Erhöhungsbetrag einen verschiedenen Rang haben. Wenn man aber mit Ripfel⁹⁷⁾ davon ausgeht, daß es sich bei dem auf Grund der Klausel entstehenden Erbbauzins um eine von dem alten eingetragenen Erbbauzins völlig unabhängige Reallast handelt, so entsteht nach Eintritt des Vormerkungsfalles eine weitere Reallast, so daß nun im Erbbaugrundbuch die Erbbauzinslast des Erbbauberechtigten bis zur Höhe des ursprünglich vereinbarten Zinses doppelt eingetragen ist. Dies verstößt gegen das Verbot der Doppelsicherung im Grundbuch⁹⁸⁾. Die Parteien können diese Ordnungswidrigkeit nach der Meinung Ripfels nur dadurch vermeiden, daß sie die Klausel durch das Einfügen von Bedingungen so gestalten, daß von der neu entstandenen Reallast nur soviel übrig bleibt, als diese den ursprünglichen Betrag übersteigt. In den meisten Fällen dürfte es nicht möglich sein, den ursprünglichen Erbbauzins durch die Eintragung eines neuen auflösend⁹⁹⁾ zu bedingen, da dadurch der gute Rang des ursprüngli-

96) Siehe S. 26 und vgl. Fußnote 81.

97) DNotZ 1958 S. 466.

98) Vgl. Güthe-Triebe! Vorbem. 31 zum 2. Abschnitt S. 194.

99) A. A. Landgericht Bochum NJW 60 S. 153. Das LG lehnt wegen der Bestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO die Vereinbarung von auflösenden Bedingungen beim Erbbauzins ab. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da der Erbbauzins nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört und der freien Parteivereinbarung unterliegt. Durch den Wegfall des Zinses bei Eintritt der auflösenden Bedingung entsteht kein Nachteil für die Beleihbarkeit des Erbbaurechts. Im Ergebnis vergleiche auch Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 8 und Wangemann i. d. Anm. zum Urteil des LG Bochum a. a. O. .

chen Erbbauzinses verloren gehen könnte, so z. B. wenn die Vormerkung für den Neufestsetzungsanspruch den dinglichen Kreditgebern des Erbbauberechtigten im Range nachginge, was bei der bekannten Praxis der Kreditinstitute wahrscheinlich ist. Durch den Vorschlag, Bedingungen einzufügen, widerlegt Ripfel seine Auffassung von der Neuentstehung des Erbbauzinses beim Eintritt des Vormerkungsfalles selbst. Denn im Ergebnis wird auch hier nur der Unterschiedsbetrag aus der Neufestsetzung und dem ursprünglichen Erbbauzins als zusätzliche Reallast eingetragen. Diese kann aber nur als Teil des Gesamterbbauzinses angesehen werden, der aus der ursprünglichen und der zusätzlichen Reallast gebildet wird.

Die Auffassung Ripfels ^{99a)} hat für die Praxis noch einen weiteren Nachteil. Ist nur vereinbart, daß die Höhe des Erbbauzinses zu bestimmten Terminen (z. B. alle 10 Jahre) neu festgelegt werden muß, so tritt der Vormerkungsfall zu dem vereinbarten Termin ein, ohne daß es darauf ankommt, ob zu diesem Datum auch der neu festgesetzte Erbbauzins von dem alten abweicht. Damit wäre die einmalige Schutzwirkung der Vormerkung völlig nutzlos verbraucht. Die Parteien können diese Folge nur durch eine weitere Bedingung vermeiden, indem sie bestimmen, daß der Neufestsetzungsanspruch nur im Abweichungsfall entstehen soll.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf künftige Erhöhung des Erbbauzinses nur dann eine außerordentliche Bedeutung zukommt, wenn man die Klausel als Vereinbarung eines Gesamterbbauzinses ansieht. Nur dadurch, daß der Vormerkungsschutz alle künftigen Änderungsfälle erfaßt, entspricht sie den berechtigten Erwartungen aller Beteiligten.

Die Zulässigkeit der Vormerkung zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruches wird von Haegele und Kehrer ¹⁰⁰⁾ grundsätzlich abgelehnt. Sie sehen in der Rang-sicherung der Vormerkung eine Benachteiligung der Grundpfandrechtsgläubiger des Erbbauberechtigten. Sie meinen; Entgegen dem in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO festgelegten Bestimmtheitsgrundsatz sei durch die Vormerkung der nur bestimmbare Erhöhungsbetrag dinglich gesichert. Durch die rangwahrende Wirkung der Vormerkung würden die Schwankungen des Erbbauzinses in das Erbbaugrundbuch hineingetragen und dadurch ein variabler, dinglich gesicherter Erbbauzins geschaffen. Die Realgläubiger des Erbbauberechtigten stünden genauso, wie wenn von vornherein nur ein bestimmbarer Erbbauzins eingetragen worden wäre. Sie müßten sich wegen der Vormerkungswirkung die künftigen unbestimmten Erhöhungsbeträge im Range vorgehen lassen. Die zu erwartende Belastung sei z. Zt. der Eintragung für die Kreditgeber kaum überschaubar, geschweige denn ziffernmäßig bestimmt,

99a) DNotZ 1958 S. 462.

100) Rpfleger 1957 S. 8 III; vgl. auch Haegele Anm. zum Urteil des AG Eitorf Rpfleger 1956 S. 132; sowie Kehrer in BWNotZ 1955 S. 256.

wie es § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verlangt. Eine zuverlässige Berechnung der Beleihungsgrenze sei ausgeschlossen. Diese künftig möglichen Steigerungen der Zinsraten seien mit dem Sinn und Zweck des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO (Sicherstellung der Beleihbarkeit) unvereinbar. Deshalb müsse in der Zulassung der Vormerkung eine Umgehung dieser Vorschrift erblickt werden, die nach § 134 BGB nichtig sei. Dieser Argumentation kann im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Die Vormerkung verleiht zwar dem künftigen Erhöhungsanspruch im gewissen Umfang dingliche Wirkung, nämlich die Sicherungswirkung (§ 883 Abs. 2 BGB) gegen die Sonderrechtsnachfolger und die Rangwirkung (§ 883 Abs. 3 BGB), sie läßt aber den schuldrechtlichen Charakter des Anspruchs unberührt. Er wird nicht verdinglicht¹⁰¹⁾. Insoweit kann die Eintragung der Vormerkung nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verstoßen, da sich dieser nur auf den eingetragenen Erbbauzins, nicht aber auch auf den schuldrechtlichen Erhöhungsanspruch bezieht¹⁰²⁾. Das Wesen der Vormerkung liegt darin, daß sie eine Vorstufe auf dem Weg zur Verwirklichung des dinglichen Rechts bildet und einen Zwischenzustand schafft, der die ungehinderte Entwicklung des persönlichen Anspruchs zum dinglichen Recht gewährleistet¹⁰³⁾. Wolff¹⁰⁴⁾ spricht von einem Zwittercharakter. Es ist nun zu prüfen, ob die beiden Wirkungen der Vormerkung (§ 883 Abs. 2 und 3 BGB) dieses Rechtsinstitut bei der Sicherung des künftigen Erbbauzinses als verbotenes Umgehungsgeschäft im Hinblick auf § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO erscheinen lassen. Es kann nicht bestritten werden, daß durch die Zulassung der Vormerkung eine gewisse Unsicherheit über die endgültige Höhe des Erbbauzinses in das Erbbaugrundbuch hineingetragen wird. Der nachrangige Kreditgeber des Erbbauberechtigten kann in der Tat nicht ziffernmäßig berechnen, welcher Erbbauzinsbetrag seinem Grundpfandrecht in der Zukunft einmal vorgehen wird. Der Bundesgerichtshof läßt diese Bedenken nicht gelten. Er ist der Ansicht¹⁰⁵⁾, daß durch die Zulassung der Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses nur in Ausnahmefällen eine Benachteiligung nachstehender Berechtigter möglich sei. Auf die Bedeutung dieser Ausnahmefälle für die Zulässigkeit der Vormerkung geht der BGH a. a. O. überhaupt nicht ein. Dazu bemerkt Weitnauer¹⁰⁶⁾: "Zweifelhaft ist, an welche Ausnahmefälle der BGH gedacht haben mag und ob nicht, wenn man sich schon solche Ausnahmefälle vorstellt, ihre bloße Möglichkeit allein genügen müßte, die Eintragung der Vormerkung als verbotenes Umgehungsgeschäft des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO anzusehen".

101) So die h. M., vgl. RGZ 65 S. 261 unf 81 S. 289.

102) Siehe Seite 12 und 13.

103) So Eichler, Institutionen des Sachenrechts Bd. II/2 S. 401.

104) Wolff-Raiser SR § 48 Fußnote 50.

105) Siehe BGHZ 22 S. 225 und 226.

106) DNotZ 1957 S. 298 f.

Die theoretische Möglichkeit, daß die Eintragung einer Vormerkung in Ausnahmefällen zu einer Benachteiligung nachstehender Berechtigter führen kann, ist für sich allein betrachtet noch kein ausreichender Grund dafür, in diesem Rechtsinstitut ein verbotenes Umgehungsgeschäft zu erblicken mit der Folge, daß die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des steigenden Erbbauzinses grundsätzlich unzulässig ist. Denn ein nach § 134 BGB nichtiges Umgehungsgeschäft liegt nur dann vor, wenn das Verbotsgesetz nach dem durch die Auslegung zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern will. Will das Gesetz allerdings diesen Erfolg verhindern, dann ist jede Vereinbarung, die auf diesen abzielt, nichtig, gleichgültig in welcher Form sie gekleidet ist ¹⁰⁷⁾. Nach allgemeiner Auffassung ¹⁰⁸⁾ hat der Gesetzgeber das Reallastverbot für den gleitenden Erbbauzins in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO nur deshalb vorgeschrieben, um die Beleihbarkeit des Erbbaurechts sicherzustellen. Der praktische Erfolg, den der Gesetzgeber durch § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verhindern will, ist nicht die dingliche Sicherung des gleitenden Erbbauzinses überhaupt, sondern die nach der Meinung des Gesetzgebers in der dinglichen Sicherung des gleitenden Erbbauzinses liegende Beeinträchtigung der Beleihbarkeit des Erbbaurechts. Wenn man aber bei der Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO die Absichten des Gesetzgebers heranziehen will, so ist zu beachten, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit Erlass der Erbbaurechtsverordnung im Jahre 1919 mehrmals grundlegend geändert haben. Der damalige Gesetzgeber konnte die kommenden wirtschaftlichen Veränderungen nicht voraussehen. Der im wesentlichen gleichbleibende Wert des Geldes war für ihn eine Selbstverständlichkeit. Der damalige Gesetzgeber konnte ferner nicht erkennen, daß das Reallastverbot, weit ausgedehnt, einmal die Bereitschaft zur Ausgabe von Erbbaurechten völlig zum Erliegen bringen könnte. Um den Anforderungen der heutigen wirtschaftlichen Verhältnisse gerecht zu werden, erscheint eine einengende Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO geboten. Die entscheidende Frage ist deshalb nicht dahin zu stellen, ob die Eintragung der Vormerkung theoretisch eine Beeinträchtigung der Beleihbarkeit bewirken kann, sondern vielmehr dahin, ob die Vormerkung die Bereitschaft zur Beleihung von Erbbaurechten unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen beeinträchtigt. In der Praxis ¹⁰⁹⁾ hat es sich gezeigt, daß in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Vormerkung eingetragen wird und daß dennoch die Beleihung solcher Erbbaurechte keine Schwierigkeiten gemacht hat. Die dinglichen Gläubiger des Erbbauberechtigten dürfen darauf vertrauen, daß sich der Erbbauzins nur entsprechend dem vereinbarten Wertmesser erhöht. Im allgemeinen wird mit der Erhöhung des

107) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 190 III sowie BGH Betrieb 1957 S. 554.

108) Siehe Fußnote 38.

109) Vgl. dazu die Angaben von Röll DNotZ 1962 S. 246 und Alberty Rpfleger 1956 S. 331 V.

vorgehenden Erbbauzinses auch der Wert des Erbbaurechts steigen, so daß eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung nachstehender Berechtigter im allgemeinen nicht eintreten wird. Allerdings ist nicht jeder der in der Praxis üblichen Wertmesser als Bezugsgröße geeignet. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 28. 11. 1956 die Eintragung einer Vormerkung jedenfalls dann für zulässig erklärt, wenn das Verhältnis des Wertes des Grundstücks zur Höhe des Erbbauzinses die Grundlage für die Neufestsetzung bildet ¹¹⁰⁾.

Gegen diese Anpassungsklausel bestehen erhebliche Bedenken. Der Preis eines Grundstücks ist meist von spekulativen Faktoren beeinflusst. Perioden sehr starken Preisanstiegs und Perioden der Stagnation können einander abwechseln, ohne daß diese Schwankungen durch die übrige wirtschaftliche Lage gerechtfertigt sind. Insoweit ist es durchaus denkbar, daß der Wert des Erbbaugrundstücks wesentlich starker steigt, als der Wert des darauf im Erbbaurecht errichteten Bauwerks. Das Erbbaurecht wird dann durch den entsprechend erhöhten Erbbauzins sehr stark belastet, so daß die Sicherheit der nachrangigen Grundpfandrechte beeinträchtigt werden kann. Diese unverhältnismäßige Erhöhung des Grundstückswertes im Verhältnis zur Steigerung des Wertes des Erbbaurechts ist meist darauf zurückzuführen, daß das im Erbbaurecht errichtete Bauwerk nicht mehr die richtige Bodennutzung für die betreffende Umgebung darstellt. Deshalb ist von einer Wertsicherungsklausel, die allein auf den Grundstückswert Bezug nimmt und den Ertragswert des Bauwerks unberücksichtigt läßt, unbedingt abzuraten ^{110a)}.

Dagegen bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Beleihbarkeit des Erbbaurechts, wenn der Erbbauzins an die Entwicklung einer bestimmten Lohn- oder Gehaltsgruppe, bzw. an ein bestimmtes Beamtengehalt angepaßt wird ¹¹¹⁾. Diese Wertmesser tragen nicht die Tendenz eines steilen Anstiegs und den zusätzlichen Unsicherheitsfaktor einer jähen, durch Spekulationen verursachten Preisbewegung in sich, wie dies bei Grundstückspreisen der Fall sein kann. Sie spiegeln vielmehr die Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Gesamtlage wider. Die Grundstückseigentümer wollen nichts anderes, als daß die Höhe des Entgelts für die Überlassung des Baugrundes mit der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung Schritt hält.

Man versetze sich in die Lage eines Grundpfandgläubigers, der den Rang nach der Vormerkung für den künftigen Erhöhungsanspruch innehat. Ihm ist eine Neufestsetzung nach einem langsam steigenden Gehaltsindex lieber als die schnell wechselnde Preisbewegung bei anderen Wertmessern. Es ist zwar zu erwarten, daß Löhne und Gehälter weiter steigen und damit auch der Erbbauzins. Die Sicherheit der nachrangigen Grundpfandrechte wird aber dadurch nicht beeinträchtigt.

110) BGHZ 22 S. 220 ff.

110a) Siehe Beispiel S. 30.

111) So auch OLG Hamm NJW 63 S. 1502.

Auf lange Sicht wird die Nachfrage nach im Erbbaurecht errichteten Eigenheimen stärker steigen als der vereinbarte Wertmesser (Gehälter). Dem durch Lohn- und Gehaltserhöhungen vergrößerten Geldangebot steht nämlich kein vermehrtes Angebot an Grundstücken gegenüber, da sich dieser Wirtschaftsfaktor nicht beliebig vermehren läßt. Außerdem werden die Grundstückseigentümer in Zukunft noch weniger geneigt sein, an bevorzugten Plätzen ihr Grundstück aus der Hand zu geben. Diese Tatsache hat zwar zuerst ein weiteres Steigen der Grundstückspreise zur Folge, was sich auch auf die Höhe des Erbbauzinses auswirken wird. Zwangsläufig werden aber von dieser Entwicklung auch die Erbbaurechte erfaßt. Mit der Erhöhung des Wertes des Erbbaurechts wird auch die Haftungsgrundlage für die Grundpfandrechte erweitert. Bei der Vereinbarung eines Gehaltsindex bleibt die spekulative Entwicklung der Grundstückspreise außer Betracht, so daß für die Sicherheit der Grundpfandrechte keine Gefahr bestehen kann. Der Grundstückseigentümer hat aber bei Gehaltsklauseln die Gewähr, daß seine Erlöse für die Überlassung des Baugrundes mit der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung Schritt halten. Wenn auch nicht alle rechtlichen Bedenken hinsichtlich der möglicherweise durch die Zulassung der Vormerkung auftretenden Beeinträchtigung der Beleihbarkeit beseitigt werden können, so ist doch die Eintragung der Vormerkung eine wirtschaftliche Notwendigkeit. Denn es kann keinen Zweifel darüber geben, daß die Bereitschaft zur Ausgabe von Erbbaurechten völlig schwinden würde, wenn den Grundstückseigentümern nicht die Möglichkeit gegeben würde, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung für die Zukunft zu sichern. Es geht nicht an, daß der Erbbauberechtigte vielleicht in 40 Jahren einen Erbbauzins entrichtet, der in keinem Verhältnis zu den dann vorliegenden wirtschaftlichen Verhältnissen steht. Diese Überlegungen haben sicher auch bei den Entscheidungen der Obergerichte eine große Rolle gespielt. Die Rechtsprechung hat bisher immer einen Weg gefunden, den wirtschaftlichen Bedürfnissen in etwa gerecht zu werden. So hat sie bei der Anerkennung des Sicherungseigentums aus zwingenden wirtschaftlichen Erwägungen rechtliche Bedenken nicht gelten lassen, obwohl im Ergebnis ein besitzloses Pfandrecht geschaffen wurde, das dem Bürgerlichen Gesetzbuch bei vertraglichen Pfandrechten fremd ist (§§ 1204 ff. BGB).

Alberty¹¹²⁾ befürwortet zwar grundsätzlich die Zulässigkeit der Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses, lehnt aber ihre rangwahrende Wirkung ab. Er begründet seine Meinung damit: Die Vollwirkung der Vormerkung (§ 883 Abs. 3 BGB) sei durch § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO ausgeschlossen. Der Rang der Vormerkung für den Erhöhungsbetrag bestimme sich nicht nach der Reihenfolge der Eintragungen, sondern die Vormerkung für den künftigen Erhöhungsanspruch stehe kraft Gesetzes (§ 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO) den Zwischeneintragungen von Grundpfandrechten im Range nach. Gem. § 11 Abs. 1 S. 1 ErbBVO

112) Rpfleger 1956 S. 333.

seien die allgemeinen Vorschriften über Grundstücke im BGB nur entsprechend anwendbar; das bedeute, daß die allgemeinen Vorschriften nur in dem mit der Erbbaurechtsverordnung zu vereinbarenden Umfang Anwendung finden könnten. Zwar sei § 883 Abs. 3 BGB mit der Sonderbestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO unvereinbar, das habe aber nicht zur Folge, daß das ganze Rechtsinstitut der Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Erhöhungsanspruches unzulässig sei. Die "entsprechende" Anwendung gestatte, daß nur die Teile des allgemeinen Vormerkungsrechts verwendet werden, die mit der Erbbaurechtsverordnung vereinbar seien. Der Ausschluß der Rangwirkung des § 883 Abs. 3 BGB sei unbedenklich. Dies ergebe sich aus dem Institut des Rangvorbehaltes. Wenn das Gesetz schon eine praktisch ähnlich wirkende Parteivereinbarung zulasse, so müsse dies erst recht durch die gesetzliche Bestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO möglich sein. Trotz dieser eingeschränkten Wirkung habe die Vormerkung wegen ihrer Sicherungswirkung gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern noch einen praktischen Wert. Hoche ¹¹³⁾ und Ingenstau-Schnitzler vertreten eine ähnliche Auffassung. Sie halten eine Vormerkung mit der Maßgabe für zulässig, daß spätere Belastungen des Erbbaurechts dem vorgemerkten Erhöhungsanspruch in jedem Fall vorgehen ¹¹⁴⁾.

Diese Auffassung findet im geltenden Recht keine Stütze. Die Vormerkung ist ein Rechtsinstitut des Sachenrechts. Ihre Zulässigkeit und ihre Wirkungen sind in § 883 ff. BGB geregelt. Von einer sogenannten "halbwirksamen" Vormerkung ist dort nirgends die Rede. In der Verordnung über das Erbbaurecht wurde keine eigene Regelung des Vormerkungsrechts getroffen. Aus dem Schweigen des Gesetzes kann keinesfalls gefolgert werden, daß die allgemeinen Bestimmungen des Vormerkungsrechts bei der Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf künftige Erhöhung des Erbbauzinses nur zum Teil Anwendung finden. Dies hätte der Gesetzgeber ausdrücklich anordnen müssen. Denn die wichtigste Aufgabe der Vormerkung besteht in der Sicherung des Ranges für das später einzutragende dingliche Recht ¹¹⁵⁾. Wenn nun aus irgend einem Grunde die Sicherung des Ranges nicht gewährt werden könnte, so müßte daraus eher die Folgerung gezogen werden, daß die Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruches durch eine Vormerkung überhaupt unzulässig sei, als daß man annimmt, ihre wichtigste Wirkung sei durch § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO aufgehoben. Wenn eine Vormerkung für zulässig gehalten wird, so muß sie die volle sich aus § 883 BGB ergebende Wirkung haben. Daher ist die Frage, welchen Rang eine Vormerkung sichert, nicht nach § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO, sondern ausschließlich nach den zu § 883 BGB entwickelten Grundsätzen zu beantworten. Danach richtet sich der Rang des durch die Vormerkung geschützten Anspruchs auch bei einer späteren Eintragung des Rechts nach

113) NJW 1953 S. 1027.

114) Ingenstau-Schnitzler § 9 b III 2c; vgl. auch Palandt-Hoche § 9 Anm. 1b.

115) So Reichel, Die Umschreibung der Vormerkung S. 52 Leipzig 1905.

der früheren Eintragung der Vormerkung. § 879 BGB ist dahin abgeändert, daß nicht die Reihenfolge der Eintragungen des endgültigen Rechts für den Rang maßgeblich ist, sondern daß es auch auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung ankommt. Dieser bestimmt im Verhältnis zu den übrigen Eintragungen den Rang, der dem endgültigen Recht zukommt. Denn § 883 Abs. 3 BGB bezieht sich auf den Rang des endgültigen Rechts und nicht auf den Rang der Vormerkung als solcher. Die Vorschrift des § 883 Abs. 3 BGB gilt allerdings nicht für alle Arten von Vormerkungen, sondern nur für diejenigen, durch welche ein Anspruch auf Einräumung eines begrenzten Rechts an einem Grundstück gesichert werden soll, da nur bei beschränkt dinglichen Rechten eine Rangkonkurrenz auftreten kann¹¹⁶⁾. So steht z.B. das Eigentum zu den anderen dinglichen Rechten nicht in einem Rangverhältnis¹¹⁷⁾. Der Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses ist auf Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts im Sinne des § 883 Abs. 3 BGB gerichtet, da der Erhöhungsbetrag als zusätzliche Reallast im Rahmen eines Gesamterbbauzinses anzusehen ist. Damit ist klargestellt, daß die zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruchs eingetragene Vormerkung die volle Wirkung aus § 883 Abs. 2 und 3 BGB hat.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Rangwahrung besteht darin, ob auf die Rangwirkung der Vormerkung schon bei ihrer Eintragung freiwillig verzichtet werden kann, so daß nur mehr die Sicherungswirkung (§ 883 Abs. 2 BGB) gegenüber dem jeweiligen Sonderrechtsnachfolger erhalten bleibt. So z.B. wenn die Parteien bei der Eintragung der Vormerkung im Erbbaugrundbuch vermerken, daß alle späteren Belastungen des Erbbaurechts der Vormerkung im Range vorgehen sollen. Zum Teil wird dieser Verzicht als zulässig angesehen¹¹⁸⁾. Auch Ripfel¹¹⁹⁾ bejaht den Verzicht. Er stellt die Frage: "Warum sollte nicht auf den Rang freiwillig verzichtet werden können, wo das Gesetz doch den Rangvorbehalt zuläßt?" Er meint, diese Vereinbarung habe nichts mit einem Verzicht auf die Rangwirkung der Vormerkung zu tun, da nur ihr Inhalt anders festgelegt werde, als er sich ohnedies nach dem Gesetz ergäbe. § 883 BGB spreche nur davon, daß sich der Rang des vorgemerkten Rechts nach der Eintragung der Vormerkung bestimme, was ohne weiteres auch dahin verstanden werden könne, daß sich der Rang nach "dem Inhalt der Eintragung" richte.

116) Staudinger-Seufert § 883 Rd. Nr. 63 BGB.

117) Westermann SR § 84 III 2a.

118) z.B. von Hoche, vgl. Palandt-Hoche § 9 1b ErbbVO, derselbe in NJW 1953 S. 1027.

119) DNotZ 1958 S. 465; im Ergebnis vgl. auch Ingenstau-Schnitzler § 9 Anm. D III 2c und LG Duisburg JMB1NRW 1960 S. 99 ff. Nach der Ansicht dieses Gerichts bestehen keine Bedenken, daß die Vormerkung den letzten Rang hinter allen übrigen Belastungen des Erbbaurechts einnehmen soll, auch wenn deren Höhe noch nicht feststeht.

Nach dieser Ansicht würde der Erhöhungsbetrag nicht an der vorgemerkten Stelle im Erbbaugrundbuch eingetragen, sondern entsprechend dem Verzicht an der nächst freien Rangstelle hinter den Grundpfandrechten. Damit entfielen allerdings auch alle Bedenken aus § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO; denn der künftige Erbbauzins könnte den eingetragenen Kreditgebern des Erbbauberechtigten niemals vorgehen.

Der Verzicht auf die Rangwirkung ist aber aus dogmatischen Gründen unzulässig. Die Vormerkung ist eine Rechtsfigur des Sachenrechts. Dieses Rechtsgebiet wird von den Prinzipien des *ius cogens* und des Typenzwanges beherrscht, d. h. die Parteien können weder einzelne Bestimmungen des Sachenrechts abändern noch sich neuer, im Sachenrecht nicht erwähnter Formen bedienen. Ein Verzicht auf die Rangwirkung würde aber eine parteiinterne Abänderung des § 883 Abs. 3 BGB bedeuten. Darin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des *ius cogens*. Entgegen der Ansicht Ripfels¹²⁰⁾ kann § 883 Abs. 3 BGB auch nicht dahin verstanden werden, daß sich der Rang nach dem Inhalt der Eintragung bestimme. Maßgeblich für den Rang eines dinglichen Rechts ist gem. § 879 BGB nur die zeitliche Reihenfolge der Eintragung. Der Inhalt der Eintragung ist für die Rangfestlegung ohne Bedeutung. Wer den Rang des vorgemerkten Rechts in Abweichung von dem Rang der Vormerkung vereinbaren will, muß der Vormerkungseintragung einen Rangvorbehalt gem. § 881 Abs. 1 und 2 BGB beifügen. Dies ist der einzige, gesetzlich vorgesehene Weg um die Maßgeblichkeit der zeitlichen Reihenfolge der Eintragungen für den Rang des einzelnen Rechts auszuschließen. § 881 Abs. 1 BGB verlangt aber, daß der Umfang des Rechts, das dem vorgemerkten Recht einmal vorgehen soll, schon bei der Eintragung des Vorbehalts bestimmt ist, d. h., es muß aus der Eintragung entnommen werden können, um welchen Höchstbetrag das zuerst eingetragene Recht im Range zurücktreten muß¹²¹⁾. Der Umfang des vorbehaltenen Rechts muß also von Anfang an feststehen. Daraus folgt, daß man die Rangwirkung (§ 883 Abs. 3 BGB) nicht allgemein und ohne Beschränkung aufgeben kann. Denn bei einem allgemeinen Verzicht auf die Rangwirkung würde es an der Bestimmtheit des vorbehaltenen Rechts fehlen.¹²²⁾

Um den Anforderungen des § 881 Abs. 1 und 2 BGB zu genügen, müßte der Erbbauberechtigte der Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruchs einen Rangvorbehalt für eine bestimmte Geldsumme beifügen. Dieser ziffernmäßig festliegende Betrag könnte dann vorrangig als Grundpfandrecht für einen Kreditgeber des Erbbauberechtigten eingetragen werden. Dieser Vorbehalt wird in der Praxis häufig daran scheitern, daß sich der Eigentümer des

120) Siehe Fußnote 119.

121) So KG in JFG 8 S. 302.

122) So auch Kehrner BWNotZ 1955 S. 249 ff. (255) und neuerdings auch Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd.Nr. 19; ebenso Mohrbutter-Riedel in NJW 1957 S. 1503 und BGH in NJW 1957 S. 98 f.

Erbbaugrundstücks nicht darauf einlassen wird. Wenn der Erbbauausgeber zu Gunsten des Kreditgebers des Erbbauberechtigten auf den Rang des künftigen Erbbauzinses verzichten will, so eignet sich dafür die nachträgliche Rangänderung gem. § 880 Abs. 1 und 2 BGB am besten. Diese Vorschrift gibt dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit, sich von Fall zu Fall zu entscheiden, ob er mit dem Kreditgeber des Erbbauberechtigten eine Rangänderung vereinbaren will. In der Praxis hat der Rangrücktritt im Hinblick auf § 11 Abs. 1 Hypothekendarlehenbankgesetz eine große Bedeutung. Nach dieser Vorschrift dürfen diese Kreditinstitute Grundstücke nur gegen erstrangige Sicherheit beleihen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der künftige Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses durch eine Vormerkung, welche die volle, sich aus § 883 Abs. 2 und 3 BGB ergebende Wirkung hat, gesichert werden kann. Bedenken aus § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO ergeben sich jedenfalls dann nicht, wenn die Parteien ein bestimmtes Beamtengehalt oder eine andere Lohngruppe als Wertmesser vereinbaren.

§ 5

DIE BEDEUTUNG DER VORMERKUNG IM FALLE DER HERABSETZUNG DES ERBBAUZINSES

Die vereinbarte Wertsicherungsklausel muß nach beiden Seiten wirken, d. h. sie darf nicht nur den Fall der Erhöhung des Erbbauzinses erfassen, sondern sie muß auch zu einer Herabsetzung des Zinses führen können. Eine einseitige Wertsicherungsklausel wird nach den Grundsätzen der Deutschen Bundesbank¹²³⁾ nicht genehmigt. Der Anspruch auf Ermäßigung des Erbbauzinses richtet sich gerade umgekehrt wie der Erhöhungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer. Gläubiger des Anspruchs auf Ermäßigung ist der Erbbauberechtigte. Schuldner des Herabsetzungsanspruchs kann nur der vertragschließende Grundstückseigentümer sein, nicht aber der jeweilige Eigentümer wie Weitnauer meint¹²⁴⁾. Die Parteien können den jeweiligen Grundstückseigentümer nicht wirksam verpflichten, da im BGB ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht anerkannt ist. Dagegen können sie ohne weiteres vereinbaren, daß Gläubiger des Herabsetzungsanspruchs der jeweilige Erbbauberechtigte sein soll. Dieser erlangt durch die Klausel einen eigenen Anspruch. Diese Vereinbarung entspricht dem anerkannten Rechtsinstitut eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten gem. § 328 BGB. Beim Eintritt des Vormerkungsfalles kann also der jeweilige Erbbauberechtigte die Herabsetzung des Zinses nur von dem Grundstückseigentümer verlangen, der seinerzeit die schuldrechtliche Klausel mit dem ersten Erbbauberechtigten vereinbart hat. Wenn nun beim Eintritt des Vor-

123) Siehe DNotZ 1959 S. 59 ff.

124) DNotZ 1957 S. 298 Fußnote 5.

merkungsfalles der vertragschließende Eigentümer, bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolger das Erbbaugrundstück noch nicht veräußert hat, so ist die Ermäßigung des Zinses gem. der Klausel ohne weiteres möglich. Der Grundstückseigentümer ist als persönlicher Schuldner auf Grund der Klausel verpflichtet, sich mit dem jeweiligen Erbbauberechtigten über die Senkung des Zinses zu einigen und die Eintragung des geänderten Zinses zu bewilligen. Der Grundstückseigentümer kann also selbst auf die Herabsetzung des Zinses Einfluß nehmen. Im Falle der Nicht-einigung ist der Erbbauberechtigte auf eine gerichtliche Durchsetzung seines Anspruchs angewiesen. Die notwendigen Erklärungen des Eigentümers müssen nach § 894 ZPO erstritten werden.

Veräußert aber der vertragschließende Eigentümer sein Erbbaugrundstück an einen Sonderrechtsnachfolger, wozu er jederzeit berechtigt ist, so entsteht beim Eintritt des Vormerkungsfalles der Anspruch auf Herabsetzung des Zinses nicht zwischen dem jetzigen neuen Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten, sondern zwischen diesem und dem früheren vertragschließenden Grundstückseigentümer. Ripfel¹²⁵⁾ meint nun, daß der Anspruch auf Bestellung eines niedrigeren Erbbauzinses nicht durch die Vormerkung gesichert sei und es auch nicht sein könne, da der Anspruchs- und Vormerkungsberechtigte bezüglich des neu zu bestellenden Erbbauzinses nur der Eigentümer des Erbbaugrundstückes sein könne. Den vorge-merkten Anspruch könne nur er geltend machen. Dieser Ansicht Ripfels kann nicht gefolgt werden. Aus der Klausel ergibt sich nach dem Willen der Parteien eindeutig, daß bei einer Änderung des Wertmessers nach unten dem jeweiligen Erbbauberechtigten ein selbständiger Anspruch auf Ermäßigung des Zinses gegen seinen Vertragspartner, der die Klausel vereinbart hat, zustehen soll. Dieser Ermäßigungsanspruch hat entgegen Ripfel mit der Neubestellung des Erbbauzinses nichts zu tun, sondern er ist nur auf Teilaufhebung der Reallast entsprechend der sich aus der Klausel ergebenden Höhe gerichtet. Die ursprünglich eingetragene Reallast wird in ihrem Bestand abgesehen von dem aufgehobenen Teil nicht berührt. Dieser Anspruch auf Teilaufhebung der Reallast ist vormerkbar, da er auf ein eintragungsfähiges Recht gerichtet ist.

Die Teillöschung des Erbbauzinses infolge der Herabsetzung hat grundsätzlich auch den Verlust des Ranges des aufgehobenen Teilrechts zur Folge, so daß die nachrangigen dinglichen Gläubiger nur den ermäßigten Erbbauzins gegen sich gelten lassen müssen, wenn es zu diesem Zeitpunkt zur Zwangsversteigerung des Erbbaurechts käme.

Die Rangwirkung des § 883 Abs. 3 BGB gilt nur bei der Einräumung des dinglichen Rechts, nicht aber bei dessen Teillöschung. Durch den Herabsetzungsfall erschöpft sich aber die Wirkung der Vormerkung nicht, da sie für alle Änderungsfälle, also auch für eine künftige Erhöhung des Zinses Gültigkeit hat. Wenn zu einem späte-

125) DNotZ 1958 S. 467.

ren Zeitpunkt gem. der Klausel eine Erhöhung fällig wird, so ist der Erhöhungsbetrag an der vorgemerkten Stelle als zusätzliche Reallast einzutragen, da dieser Betrag ein Teil des vorgemerkten Gesamterbbauzinses ist.

Wenn man dagegen mit Ripfel davon ausgeht, daß im Falle einer Neufestsetzung eine neue selbständige Reallast entsteht, so geht die vorgemerkte Rangstelle beim Eintritt des Vormerkungsfalles verloren. Denn mit der ersten Herabsetzung hat sich die Wirkung der Vormerkung erschöpft. Ferner büßt der Grundstückseigentümer durch die Teillöschung der ursprünglichen Reallast auch noch diesen "Teilrang" gegenüber den Grundpfandgläubigern ein, da diese nachrücken. Eine später gemäß der Klausel erfolgende Erhöhung des Zinses bedarf dann zu seiner vorrangigen Eintragung der Zustimmung der dinglich am Grundstück Berechtigten, da eine nachträgliche Rangänderung erforderlich ist ¹²⁶⁾. Wird diese nicht erteilt, so kann der Erhöhungsbetrag nur an der nächst freien Rangstelle eingetragen werden. Zwar kann auch bei der Annahme eines Gesamterbbauzinses ein Teil des Ranges der ursprünglichen Reallast verloren gehen, wenn sich bei der ersten Neufestsetzung eine Herabsetzung des Zinses ergibt oder spätere Ermäßigungen die vorher eingetragenen Erhöhungen übersteigen. Dem Grundstückseigentümer bleibt aber auf jeden Fall für künftige Erhöhungen die Rangstelle der Vormerkung erhalten.

Der Sonderrechtsnachfolger des Grundstückseigentümers hat mit der Festlegung der Höhe des erniedrigten Erbbauzinses grundsätzlich nichts zu tun. Er ist gemäß § 888 BGB nur verpflichtet, die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs nicht zu hindern und die zur Grundbuchberichtigung notwendigen Erklärungen abzugeben. Gemäß § 883 Abs. 2 BGB ist eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das dingliche Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Um zu vermeiden, daß die Einigung über die Höhe des neuen Erbbauzinses ohne Mitwirkung des jetzigen Grundstückseigentümers geschieht, ist es unbedingt erforderlich, daß der jeweilige Sonderrechtsnachfolger im Eigentum des Erbbaugrundstücks die Verpflichtung aus der Klausel privativ übernimmt. Damit wird er zwar selbst verpflichtet, er sichert sich aber ein Mitspracherecht an der Gestaltung des neuen Erbbauzinses. Diese Übernahme hat gleichzeitig auch für den Erbbauberechtigten den Vorteil, daß der Schuldner des Herabsetzungsanspruchs eindeutig feststeht. Bei der langen Dauer des Erbbaurechts könnte es leicht schwierig werden, den ehemaligen Grundstückseigentümer, der die Klausel vereinbart hat, bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolger, zu finden.

Aus den erwähnten Gründen ergibt sich, daß die Vormerkung für den Herabsetzungsfall zulässig ist ¹²⁷⁾. Für die Praxis ist sie aber unzweckmäßig. Im Gegensatz zur

126) Vgl. die Bestimmung des § 880 Abs. 2 S. 1 BGB.

127) So auch OLG Hamm NJW 1963 S. 1502.

Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses kann diese Vormerkung keine Rangwirkung haben, insbesondere nicht gegen die Realberechtigten am Grundstück. Diese würden auf Grund der Vormerkung nicht verpflichtet sein, ihre gemäß § 876 S. 2 BGB erforderliche Zustimmung zu erteilen, wenn der eingetragene Erbbauzins teilweise zu löschen wäre ¹²⁸⁾. Die Zustimmung der Realberechtigten am Grundstück zur Herabsetzung des Erbbauzinses gemäß § 876 S. 2 BGB ist deshalb erforderlich, weil gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbVO der noch nicht fällige Erbbauzins Bestandteil des Erbbaugrundstücks ist. Bei einer Ermäßigung des Zinsbetrages würde die Haftungsgrundlage für die Grundpfandrechte geschmälert werden. Die Vormerkung kann aus folgenden Gründen keine Rangwirkung haben:

Das Erbbaugrundbuch und das Grundbuch für das Grundstück sind vollkommen selbstständig ¹²⁹⁾. Es ist nicht so, daß das eine Grundbuch das andere ergänzt und daß deshalb die Eintragung in einem der beiden genügt. Aus der Regelung des § 14 ErbbVO ergibt sich, daß das Grundbuch des Grundstücks für den Bestand des Erbbaurechts einschließlich der Person des Berechtigten und für die Dauer des Erbbaurechts maßgebend ist, während der nähere Inhalt des Erbbaurechts ¹³⁰⁾ im Erbbaugrundbuch eingetragen werden muß. Vormerkungen sind in dem Grundbuch zu vermerken, in dem die spätere Eintragung vorzunehmen ist. Demzufolge kann die Vormerkung für den Anspruch auf Neufestsetzung nur in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs und die Belastung des Grundstücks nur in Abteilung III des Grundbuchs des Grundstücks eingetragen werden. Jede Eintragung in den beiden Grundbüchern wirkt nur für ihren Bereich, d. h. nur innerhalb eines Grundbuchs kann eine Rangwirkung vorkommen. Die Vormerkung im Erbbaugrundbuch kann daher nicht in Rangkonkurrenz zu den im Grundbuch eingetragenen Belastungen des Grundstücks treten, so daß die Grundpfandgläubiger des Grundstückseigentümers bei jeder Herabsetzung des Erbbauzinses zustimmen müssen ¹³¹⁾, auch wenn die Eintragung der Vormerkung im Erbbaugrundbuch schon vor der Eintragung der Belastung im Grundbuch erfolgt war. Im Zweifel werden die Realberechtigten am Grundstück besonders in Krisenzeiten ihre Zustimmung zur Herabsetzung des Zinses verweigern, da dadurch ihre Kreditunterlage verkürzt würde. Der dingliche Vollzug der schuldrechtlichen Klausel wäre also im Herabsetzungsfall in den allermeisten Fällen nicht möglich. Diese Schwierigkeiten können dadurch überwunden werden, daß sich die Realberechtigten am Grundstück schon im Zeitpunkt der Eintragung ihres Rechts verpflichten, einer evtl. Herabsetzung des Zinses im Rahmen der Klausel zuzustimmen. Diese Verpflichtung hat allerdings nur schuldrechtlichen

128) So Wangemann DNotZ 1959 S. 181.

129) Vgl. Ingenstau-Schnitzler § 14 Anm. III ErbbVO.

130) Vgl. § 2 ErbbVO, insbesondere die Belastungen.

131) Folgt aus § 876 S. 2 BGB.

Charakter, bindet also die Rechtsnachfolger nicht ohne eigene Übernahme. Eine Vormerkung zur Sicherung des künftigen Herabsetzungsanspruchs hat daher nur eine stark eingeschränkte Sicherungswirkung. Sie erschöpft sich darin, daß der jeweilige Eigentümer des Erbbaugrundstücks der Teilaufhebung der Reallast im Wege der Grundbuchberichtigung zuzustimmen hat ¹³²⁾.

Um jede Mitwirkungshandlung der Grundpfandrechtsgläubiger bei der Herabsetzung des Zinses von vornherein auszuschalten, ist es zweckmäßig, anstelle der Vormerkung im Herabsetzungsfall den ursprünglichen und den zusätzlichen Erbbauzins bedingt einzutragen. Inhalt der Bedingung wäre die Übereinkunft, daß die ursprüngliche Reallast in Höhe des Unterschiedsbetrages erlischt, der sich bei der Neufestsetzung aus der eingetragenen und der künftigen Höhe des Erbbauzins ergibt. Mit dem Eintritt der Bedingung wird das Erbbaugrundbuch unrichtig und der Erbbauberechtigte kann gemäß § 22 GBO seine Berichtigung verlangen ¹³³⁾.

§ 6

DIE HÖCHSTBETRAGSHYPOTHEK ALS SICHERUNGSMITTEL FÜR DIE KÜNFTIGE ERHÖHUNG DES ERBBAUZINSES

Als weitere Möglichkeit der dinglichen Sicherung des gleitenden Erbbauzinses bietet sich die Höchstbetragshypothek an (§ 1190 BGB). Diese Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, eingetragen wird, während im übrigen die Feststellung der tatsächlichen Höhe der Forderung vorbehalten wird. Dieses Rechtsinstitut ermöglicht es dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks, seine schuldrechtlichen Erhöhungsansprüche, die auf Grund der vereinbarten Gleitklausel entstehen, hypothekarisch zu sichern. Die Höchstbetragshypothek ist zwar kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek ¹³⁴⁾ im Sinne des § 1184 Abs. 1 BGB. Dennoch ist aber der Grundsatz der Akzessorietät nicht streng durchgeführt. Dies hätte nämlich zur Folge, daß das dingliche Recht mit der Existenz der zugrunde liegenden Forderung steht und fällt. Wenn sich auch die Sicherungshypothek in vielen Fällen nach der Forderung richtet, so ist doch zu beachten, daß die §§ 1163 und 1177 BGB auch für die Sicherungshypothek gelten ¹³⁵⁾, so daß das Grundpfandrecht bereits mit seiner Eintragung entsteht, und zwar gemäß § 1163 Abs. 1 S. 1 und 1177 Abs. 1 BGB in Form der vorläufigen Eigentümergrundschild. Diese Grundschild geht den später ein-

132) Vgl. § 888 Abs. 1 BGB.

133) So auch Wangemann DNotZ 1959 S. 181.

134) Vgl. § 1190 Abs. 3 BGB.

135) Argumentum e contrario aus § 1185 Abs. 2 BGB. In dieser Vorschrift sind die §§ 1163 und 1177 nicht erwähnt. Vgl. auch Staudinger-Scherübl § 1190 Rd.Nr. 1d.

getragenen Rechten im Range vor, auch wenn die der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Forderung nicht sogleich, sondern erst nach der Eintragung anderer Rechte entsteht ¹³⁶⁾. Wenn nun auf Grund der schuldrechtlichen Wertsicherungsklausel eine Erhöhung des Erbbauzinses fällig ist und der Betrag ziffernmäßig berechnet ist, so entsteht die Forderung und die vorläufige Eigentümergrundschild geht kraft Gesetzes als Fremdhypothek auf den Grundstückseigentümer über. Es bedarf dazu keiner weiteren Rechtshandlung ¹³⁷⁾. Denn der Gläubiger (Eigentümer des Erbbaugrundstücks) erlangt mit der Bestellung der Hypothek ein Anwartschaftsrecht ¹³⁸⁾, das mit der Entstehung der Forderung von selbst zum dinglichen Vollrecht der Hypothek erstarkt. Bei einer evtl. Herabsetzung des Zinses gemäß der Klausel erlischt die zugrunde liegende Forderung bis zur Höhe des neu berechneten Erbbauzinses. Insoweit wird die bestehende Fremdhypothek wieder ipso iure zur Eigentümergrundschild gemäß § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB. Somit ist die Eigentümergrundschild doppelt bedingt, zunächst auflösend durch das Entstehen der Forderung und zugleich aufschiebend durch das Erlöschen einer bestehenden Forderung ¹³⁹⁾. Durch die Eintragung einer Höchstbetragshypothek bleibt die Belastung des Erbbaurechts konstant, während das Verhältnis von Eigentümergrundschild und Fremdhypothek im Rahmen der Wertsicherungsklausel veränderlich ist. Die tatsächliche Höhe des zu leistenden Erbbauzinses ist also abgesehen von dem eingetragenen Höchstbetrag aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Die Höchstbetragshypothek sichert den jeweils fälligen Zinsbetrag dinglich. Dadurch ergibt sich auf den ersten Blick ein Gegensatz zwischen dem Wesen der Höchstbetragshypothek und dem in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verankerten Bestimmtheitsgrundsatz für den dinglichen Erbbauzins. Haegeler und Kehrer ¹⁴⁰⁾ leiten aus diesem Gegensatz die Unzulässigkeit der Höchstbetragshypothek als Sicherungsmittel für den gleitenden Erbbauzins ab. Zur Begründung ihrer Auffassung führen sie an; im Rahmen des Höchstbetrags hätten künftige Erhöhungsbeträge eine dingliche Sicherung. Auf dem Umweg über § 1190 BGB würde teilweise das erreicht, was § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO hinsichtlich der Reallast verbietet. Deshalb sei in diesem Rechtsgeschäft ein verbotenes Umgehungsgeschäft zu erblicken, das nach § 134 BGB nichtig sei. Jeder Interessent, der ein derartig belastetes Erbbaurecht beleihen wolle, müsse damit rechnen, daß die Höchstbetragshypothek, die ihm im Range vorgehe, ganz oder teilweise durch die Erhöhungsbeträge ausgenützt sei. Die Eintragung einer Höchstbetragshypothek habe also eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Beleihbarkeit zur Folge.

136) So auch BayOblGZ 8 S. 17.

137) So RGZ 51 S. 43 und BayObLGZ 54 S. 39.

138) Baur SR § 46 II 1a.

139) So Staudinger-Scherübl Rd. Nr. 1d bei § 1190 BGB, sowie die dort angegebene Literatur.

140) In Rpfleger 1957 S. 7 IV.

Bei der Frage, ob die dingliche Sicherung des gleitenden Erbbauzinses durch eine Höchstbetragshypothek ein nach § 134 BGB nichtiges Rechtsgeschäft beinhaltet, kommt es nicht darauf an, ob die Umgehung ausdrücklich im Gesetz untersagt ist. Im geschriebenen Recht gibt es keinen Rechtssatz, der bestimmt, daß eine Gesetzesumgehung grundsätzlich verboten ist. Eine positive Regelung haben derartige Fälle nur in einzelnen Gesetzen erfahren¹⁴¹⁾. Daraus läßt sich indessen nicht herleiten, daß nur in diesen besonders geregelten Fällen das Gesetz nicht umgangen werden darf. Denn grundsätzlich erheischt jedes Gesetz als Hoheitsakt Beachtung.

Bei der Frage der Zulässigkeit der Umgehung kommt es entscheidend auf den Zweck des Gesetzes an¹⁴²⁾. Soweit dieses nur die Vornahme eines Geschäftes bestimmter Art, nicht aber den rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg verhindern will, ist das diesen Erfolg in zulässiger Weise herbeiführende Rechtsgeschäft als gültig anzusehen. Bezweckt das Gesetz hingegen ersichtlich die Verhinderung eines bestimmten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolges, so bringt diese Tatsache den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß dieser Erfolg auch nicht durch ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft herbeigeführt werden darf. Nach übereinstimmender Auffassung¹⁴³⁾ ist Rechtssprechung und Schrifttum hat der Bestimmtheitsgrundsatz in § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO nur den Zweck, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat geglaubt, dieses Ziel dadurch erreichen zu können, daß er die dingliche Sicherung des gleitenden Erbbauzinses durch eine Reallast in unbestimmter Höhe verbot. Für die Kreditgeber des Erbbauberechtigten sollten klare Verhältnisse über die Belastung des Erbbaurechts durch den Erbbauzins geschaffen werden. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Höchstbetragshypothek zur Sicherung des gleitenden Erbbauzinses darf nicht übersehen werden, daß es sich bei § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO um eine Ausnahmebestimmung handelt, welche die Vertragsfreiheit einschränkt. Nach allgemeiner Auffassung¹⁴⁴⁾ sind solche Vorschriften eng auszulegen. Denn, dehnt man den Wirkungsbereich des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO weit aus, so könnte dies leicht dazu führen, daß die Bereitschaft der Grundstückseigentümer zur Ausgabe von Erbbaurechten völlig zum Erliegen kommt. Diesen kommt es vor allem darauf an, daß auch für die Zukunft das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung erhalten bleibt. Das Reallastverbot des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbBVO zur Sicherung des gleitenden Erbbauzinses kann deshalb nicht ohne zwingende Gründe auch auf eine zu demselben Zwecke bestellte Höchstbetragshypothek ausgedehnt werden.

141) Z. B. § 6 Abzahlungsgesetz und § 6 Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934 RGBI I 925.

142) So Erman BGB I § 134 Anm. 13 und die herrschende Lehre: Vgl. BGH Betrieb 1957 S. 554; RGRK § 134 Anm. 2.

143) BGH DNotZ 1957 S. 300 (303); und die herrschende Meinung. Vgl. auch Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 13.

144) Vgl. BGHZ 14 S. 306 (308) und die dort angegebene Literatur allerdings für den Fall des § 3 WährG.

Solche zwingende Gründe sind nicht ersichtlich. Die Höchstbetragshypothek ist zur Belastung des Erbbaurechts grundsätzlich zulässig. Die Erbbauverordnung kennt zwar keine eigene Bestimmung über diese Art der Hypothek, schreibt aber in § 11 Abs. 1 ErbbVO ausdrücklich vor, daß die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches mit wenigen Ausnahmen (§§ 925, 927, 928 BGB) auch auf das Erbbaurecht entsprechend anwendbar sind. Dazu gehören auch die Bestimmungen über die Höchstbetragshypothek. Es liegt nun im Wesen einer solchen Hypothek, daß die tatsächliche Belastung des Grundstücks, bzw. hier des grundstücksgleichen Rechts nicht von vornherein aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Abgesehen von dem Höchstbetrag ist die zugrunde liegende Forderung im Rahmen der schuldrechtlichen Vereinbarung variabel. Durch die grundsätzliche Zulassung der Höchstbetragshypothek zur Belastung des Erbbaurechts hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er nicht jede unbestimmte Belastung des Erbbaurechts von vornherein ablehnt. Der Erfolg, den § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO verhindern soll, ist die dingliche Sicherung des gleitenden Erbbauzinses in Form einer Reallast, weil dieses dingliche Recht im Gegensatz zu den anderen dinglichen Belastungen eines Grundstücks keine genau begrenzte Höhe der zu erwartenden Belastung voraussetzt, sondern bloße Bestimmbarkeit genügen läßt¹⁴⁵⁾. Dadurch würde für die nachrangigen Kreditgeber jede genaue Berechnung der Belastung des Erbbaurechts ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber ging völlig zu Recht davon aus, daß ein vorsichtiger Geldgeber ein derartig belastetes Erbbaurecht nicht mehr beleihen wird. Der Sinn und Zweck des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO geht aber nicht so weit, daß aus Gründen der Sicherstellung der Beleihbarkeit jedes vorrangige Grundpfandrecht zu Gunsten des Grundstückseigentümers unzulässig sein soll. § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO wird seiner Aufgabe, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts sicherzustellen, auch dadurch gerecht, daß diese Vorschrift für die nachrangigen Kreditgeber eine sichere Berechnungsgrundlage über die Belastungen des Erbbaurechts schafft. Durch die Einfügung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO sollte nicht die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Erbbauberechtigten unnötig eingeschränkt werden. Es würde eine zu weit gehende Bevormundung des Erbbauberechtigten bedeuten, wenn man ihm die Möglichkeit nähme, einen bestimmten Teil seiner Kreditbasis zur Sicherung der berechtigten Ansprüche des Grundstückseigentümers auf Erhöhung des Erbbauzinses zu verwenden. Wenn der Gesetzgeber schon von der Zulässigkeit der Höchstbetragshypothek zur Belastung des Erbbaurechts ausgeht, so kann es für deren Gültigkeit im Einzelfall nicht darauf ankommen, ob sie nun einen gleitenden Erbbauzins oder irgend eine sonstige Kreditvereinbarung bis zu einem bestimmten Höchstbetrag sichert. Die Gläubiger, welche ein so belastetes Erbbaurecht beleihen, wissen, wie sie dran sind, bzw. was ihnen im Ernstfall bei der Zwangsvollstreckung höchstens vor-

145) So BGHZ 22 S. 58; § 1105 BGB verlangt nur eine bestimmbare Leistung.

gehen kann. Sie können ihre Beleihungsgrenze danach einrichten. Eine verbotene Umgehung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO kann also in der Eintragung einer Höchstbetragshypothek zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses nicht gesehen werden ¹⁴⁶⁾.

In der Praxis wird die Höchstbetragshypothek als Sicherungsmittel für den gleitenden Erbbauzins keine allzu große Bedeutung erlangen, da die meisten Erbbauberechtigten ihr Recht mit Baugeld vollständig belasten müssen. Eine vorrangige Höchstbetragshypothek würde ihre Kreditbasis zu stark verkleinern. Sie ist nur in solchen Fällen verwertbar, in denen der Erbbauberechtigte keines Kredites bedarf. Bei kapitalkräftigen Bauherren, die den Bauplatz nur im Erbbaurecht erhalten können, ist dieses Sicherungsmittel zum Schutze des künftigen Erhöhungsanspruches geeignet.

Als weitere Möglichkeit der dinglichen Sicherung des künftigen Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses kommt noch die Sicherungsgrundschuld und die sog. Kursdifferenzhypothek ¹⁴⁷⁾ in Betracht. Diese Grundpfandrechte haben die Aufgabe, die Wertschwankungen beim Erbbauzins auszugleichen. Auch hier geht es um die Frage, ob diese dinglichen Rechte verbotene Umgehungsgeschäfte des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO darstellen, wenn ihnen als Forderung der künftige Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses zugrunde liegt. Bei diesen Sicherungsmitteln treten also im wesentlichen dieselben Probleme auf wie bei der Höchstbetragshypothek. Es kann daher im allgemeinen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden ¹⁴⁸⁾. Für den Grundstückseigentümer ist bei der Zwangsvollstreckung die Sicherungsgrundschuld günstiger, da er sich bei dieser im Gegensatz zum Gläubiger der Höchstbetragshypothek auf die Vermutung des § 891 BGB hinsichtlich der Höhe der Grundschuld stützen kann, während der Inhaber der Höchstbetragshypothek die Höhe seiner Forderung beweisen muß ¹⁴⁹⁾.

146) Für die Zulässigkeit der Höchstbetragshypothek auch Ingenstau 3. Aufl. 1964 § 9 Rd. Nr. 19 ErbbVO.

147) Begriff erwähnt bei Staudinger-Ring § 9 Rd. Nr. 16 und in JW 1922 S. 193 f. In Wirklichkeit ist die Kursdifferenzhypothek nichts anderes als eine verdeckte Höchstbetragshypothek, da sie als gewöhnliche Sicherungshypothek in das Erbbaugrundbuch eingetragen wird, aber im Verhältnis zum Erbbauberechtigten als Höchstbetragshypothek gelten soll.

148) Siehe Seite 49 und 50.

149) Vgl. §§ 1190 Abs. 3 und 1185 Abs. 2 BGB sowie Staudinger-Scherübl § 1185 Rd. Nr. 2a.

DIE BEURTEILUNG DER NEUORDNUNGSVORSCHLÄGE ZUM ERBBAUZINSRECHT

Die Zweckmäßigkeit der Erbbauzinsregelung in § 9 ErbbVO ist in der Literatur ¹⁵⁰⁾ heftig angegriffen worden. Seit Bestehen der Verordnung bis in die jüngste Vergangenheit wurden immer wieder neue Entwürfe ¹⁵¹⁾ zum Erbbaurecht vorgelegt. In jedem dieser Vorschläge nimmt die Neuregelung des Erbbauzinsrechts einen hervorragenden Platz ein.

Erman ¹⁵²⁾ empfiehlt den § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO zu streichen und dafür die Vorschriften über die Mündelsicherheit der Erbbauhypothek zu ändern. Nach seinem Vorschlag soll dem § 19 der ErbbVO folgender Absatz beigefügt werden: "Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist unter Annahme seines vertragsmäßig möglichen Höchstbetrages zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen." Nach dieser Meinung soll die Bestimmtheit des Erbbauzinses kein grundsätzliches Erfordernis des Erbbauzinses sondern nur noch Voraussetzung für die Mündelsicherheit der Hypothek sein. Erman ¹⁵³⁾ glaubt, § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO habe in seiner Allgemeinheit nur dann Geltung, wenn der Erbbauzins zum Inhalt des Erbbaurechts gehören würde. Da aber nach der neuen Verordnung der Erbbauzins reallastartig ausgestaltet sei und deshalb der Hypothek der Vorrang im Erbbaugrundbuch eingeräumt werden könne, sei diese Bestimmung (§ 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO) infolge eines gesetzgeberischen Versehens in die Verordnung aufgenommen worden.

Mit dieser Annahme hat Erman sicher Unrecht. Denn aus der amtlichen ¹⁵⁴⁾ Begründung zu § 9 ErbbVO ergibt sich eindeutig, daß die Verfasser der Erbbaurechtsverordnung bewußt die starre Regelung des Erbbauzinsrechts eingeführt haben. Auch sachlich bringt der Vorschlag Ermans keine Verbesserung des Erbbauzinsrechts. Er übersieht nämlich, daß die meisten Geldinstitute, die zur Beleihung von Erb-

150) Weitnauer DNotZ 1957 S. 298 f. meint sogar, daß diese Vorschrift wirtschaftlich völlig verfehlt sei.

151) Z.B. Erman, Verbesserungsvorschläge für eine etwa erfolgende Neuordnung der Erbbaurechtsverordnung, Westfälisches Wohnungsblatt 1918 S. 132 bzw. 1919 S. 66; Lierts, Jahrbuch der Bodenreform 1941 S. 94; Müller, Vorschlag für die Neugestaltung der Erbbaurechtsverordnung und ein neues Erbwohnrecht nebst Begründung, Frankfurt 1950; Entwurf für die Neugestaltung der Erbbaurechtsverordnung (nach dem Vorschlag von Müller mit Ergänzungsvorschlägen, Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten Frankfurt/Main 1951.

152) Siehe vorige Fußnote a. a. O. sowie DWohnA 1927 S. 244.

153) In DWohnA 1927 S. 244 f. .

154) Wortlaut siehe S. 12.

baurechten in Frage kommen, gesetzlich verpflichtet sind, ihre Hypotheken mündelsicher anzulegen. Um die Mündelsicherheit gewährleisten zu können, muß nach dem Vorschlag Ermans der vertragsmäßig mögliche Höchstbetrag des Zinses kapitalisiert und von der Hypothek abgezogen werden. Dadurch ist aber gegenüber dem geltenden Recht keine Neuerung eingetreten, wie sich aus § 19 Abs. 2 ErbbVO ergibt ¹⁵⁵⁾.

Kreditinstitute, die ihr Geld nicht mündelsicher anlegen müssen, werden aber ein Erbbaurecht nur dann beleihen, wenn ihren Hypotheken der Vorrang vor dem unbestimmten Erbbauzins eingeräumt wird. Kein Kreditgeber wird bereit sein, ein Erbbaurecht, das mit einem vorrangigen, von unbestimmten Ereignissen abhängigen Zins belastet ist, zu beleihen. Eine sichere Wertberechnung des Beleihungsobjekts ist auch im Falle einer nicht mündelsicheren Geldanlage eine notwendige Voraussetzung für die Kreditgewährung. Der Vorschlag Ermans zur Neuregelung des Erbbauzinsrechts ist daher ungeeignet ¹⁵⁶⁾.

Liets ¹⁵⁷⁾ will in seinem Neuordnungsvorschlag den Erbbauzins an den jeweiligen Einheitswert des Bodens anpassen. Grundlage soll aber nicht der Einheitswert im herkömmlichen Sinne, sondern der wirkliche Wert des Bodens sein. Gemäß § 9 dieses Entwurfes soll nach Ablauf von je 10 Jahren jeder Vertragspartner die Anpassung des Zinses an die etwa veränderten Wertverhältnisse verlangen können, wenn die Beibehaltung des bisherigen Erbbauzinses eine grobe Ungerechtigkeit bedeuten würde.

Dieser Gesetzesvorschlag enthält in seinem Kern die Wiedereinführung des unbestimmten dinglichen Erbbauzinses. Gerade diese Möglichkeit wollte die Erbbaurechtsverordnung aus Gründen der Beleihbarkeit des Erbbaurechts ausschließen. Die Neuregelung bringt also einen Rückschritt in die Verhältnisse des alten Erbbaurechts im BGB. Insbesondere ist die Anpassung des Zinses an den tatsächlichen Wert des Grundstücks aus den oben ¹⁵⁸⁾ genannten Gründen bedenklich. Auch dieser Neuordnungsvorschlag muß daher als ungeeignet abgelehnt werden.

In den Verordnungsentwürfen von Müller (§ 3 Ziff. 2) und des Volksheimstättenwerks (§ 3 Ziff. 2), das im wesentlichen den Müller'schen Entwurf übernommen hat, wird vorgeschlagen, den Erbbauzins nicht mehr als selbständige Belastung des Erbbaurechts auszugestalten, sondern ihn zum Inhalt des Erbbaurechts zu machen ¹⁵⁹⁾. Damit ist aber entgegen der Auffassung Müllers für die Beleihbarkeit des Erbbaurechts nichts gewonnen. Wenn auch der Erbbauzins nach diesem Vor-

155) Wortlaut des § 19 Abs. 2: Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen.

156) So auch Stahlhacke S. 54.

157) Im Jahrbuch der Bodenreform 1941 S. 94.

158) Siehe S. 30 und 31.

159) Siehe Fußnote 151.

schlag juristisch gesehen keine Belastung des Erbbaurechts mehr darstellt und ohne Rang ist, so besteht doch kein Zweifel, daß der zum Inhalt des Erbbaurechts gehörende Zins wirtschaftlich gesehen eine Wertminderung des Erbbaurechts bedeutet. Denn jeder Kreditgeber muß bei der Wertberechnung den seinem Grundpfandrecht in jedem Fall vorgehenden Erbbauzins berücksichtigen. Diese Regelung hat noch den weiteren Nachteil, daß der Grundstückseigentümer mit dem Erbbauzins nie im Range hinter die Erbbauhypotheken zurücktreten kann, da der Erbbauzins in diesem Falle wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts sein würde. Auch dieser Entwurf bringt daher keine Verbesserung des Erbbauzinsrechts.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung des Erbbaurechtsausschusses in der Tagungsniederschrift vom 11.9.1951. In dieser heißt es: "Die Ausschußmitglieder waren übereinstimmend der Ansicht, daß es erforderlich sei, die Motive, welche den Bestimmungen der Erbbaurechtsverordnung von 1919 zugrunde gelegen haben, noch genauer zu studieren."

Stahlhacke ¹⁶⁰⁾ bringt einen interessanten Vorschlag zur Neuregelung des Erbbauzinsrechts. Er will den Erbbauzins aufspalten, einmal in einen festen, gleichbleibenden Betrag, der an erster Stelle vor der Hypothek der Kreditgeber stehen kann, sowie in einen weiteren, etwa an den Bodenwert angepaßten Betrag, der den Erbbauhypotheken den Vorrang einräumt. Der veränderliche Teil des Erbbauzinses soll als Reallast an bereiter Rangstelle im Erbbaugrundbuch eingetragen werden ¹⁶¹⁾.

Durch diesen Vorschlag würden in der Tat alle Probleme hinsichtlich der Beleihbarkeit des Erbbaurechts entfallen, da die Erbbauhypotheken durch den nachrangigen veränderlichen Zins nicht berührt würden. Ihnen würde nur die stets in ihrer Höhe gleichbleibende Reallast vorgehen. Auch für die Grundstückseigentümer würde die Eintragung der Reallast an bereiter Rangstelle keine besonderen Nachteile mit sich bringen. Sie könnten kraft ihres Zustimmungsrechts ¹⁶²⁾ zur Belastung des Erbbaurechts eine unwirtschaftliche Belastung des Erbbaurechts verhindern, so daß auch die nachrangig eingetragene Reallast noch eine Sicherheit für die schuldrechtlichen Erhöhungsansprüche bieten würde.

Zu der von Stahlhacke vorgeschlagenen Aufspaltung des Erbbauzinses bedarf es aber keiner Gesetzesänderung. Nach dem geltenden Recht ist es ohne weiteres möglich, bei Bestellung des Erbbaurechts einen fest bestimmten Betrag als Erbbauzinsreallast vor den Erbbauhypotheken in das Erbbaugrundbuch einzutragen und die Vormerkung zur Sicherung des künftigen Erhöhungsanspruchs nachrangig einzutragen. Dadurch wird jedes Bedenken gegen die Beleihbarkeit des Erbbaurechts ausgeschaltet. Die Schaffung des Ausgleichs zwischen den Interessen des Grundstücks-

160) Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts 2. Aufl. 1960 S. 57.

161) Siehe Entwurf § 9 Ziff. 3. Bei Stahlhacke S. 86.

162) Vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 ErbbVO.

eigentümers, des Erbbauberechtigten und der Kreditgeber muß vor allem den drei beteiligten Parteien selbst überlassen werden. Eine zu eingehende rechtliche Regelung kann mehr Schaden als Nutzen bringen, insbesondere die Ausgabe von Erbbaurechten völlig zum Erliegen bringen. Wenn man die bestehende gesetzliche Erbbauzinsregelung in der geschilderten Art und Weise auslegt, so läßt sich auch ohne Gesetzesänderung für die dingliche Sicherung des gleitenden Erbbauzinses eine allen Parteien gerecht werdende Lösung finden, die mit der Bestimmung des § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbVO vereinbar ist.

§ 8

GENEHMIGUNGSBEDÜRFTIGKEIT DIESER WERTSICHERUNGSKLAUSEL NACH § 3 SATZ 2 WÄHRUNGSGESETZ

Bei der Abfassung von Wertsicherungsklauseln ist besonders auf § 3 S. 2 WährG zu achten. Gemäß dieser Bestimmung dürfen Geldschulden nur mit Genehmigung der Deutschen Bundesbank eingegangen werden, wenn ihr Betrag durch den Preis oder eine Menge Feingold oder von anderen Gütern und Leistungen bestimmt werden soll. Es besteht Einigkeit darüber¹⁶³⁾, daß diese Bestimmung eng ausgelegt werden muß, da sie eine Beschränkung des das deutsche Privatrecht beherrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit darstellt und da das Verbot, weit ausgedehnt, die Wirtschaft so einengen kann, daß unter Umständen das Wirtschaftsleben erschüttert werden kann. Dem Gesetzgeber ging es vor allem darum, zu verhindern, daß die Deutsche Mark unmittelbar zu anderen Wertmaßstäben in Beziehung gesetzt wird, weil eine solche Relation geeignet ist, das Vertrauen in die Währung zu erschüttern. Bei einer wortgetreuen Auslegung des § 3 S. 2 WährG werden nur solche Geldschulden erfaßt, deren Betrag unmittelbar von einer dritten Größe abhängig ist, nicht aber reine Sachschulden. Diese können von den Parteien ohne Beschränkung vereinbart werden. Nicht genehmigungspflichtig gemäß § 3 WährG ist daher die Wertsicherung durch Vereinbarung einer Wahlschuld nach § 262 ff. BGB. Dabei steht das Wahlrecht - entgegen der Regelung des BGB¹⁶⁴⁾ - nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger zu. Dieser hat die Wahl zwischen einer fest bestimmten Sachleistung oder einem festen Geldbetrag (z. B. 10 dz Weizen oder 400 DM). Wenn der Gläubiger die Sachleistung wählt, gilt diese gemäß § 263 Abs. 2 BGB als von Anfang an geschuldet; § 3 WährG ist nach Ausübung des Wahlrechts nicht anwendbar, weil infolge der Wahl der Sachleistung von vornherein keine Geldschuld bestanden hat und deshalb auch keine Abhängigkeit

163) Vgl. Eppig NJW 1949 S. 532; Schubert NJW 1950 S. 755; G. u. D. Reinicke MDR 1953 S. 385; BGHZ 14 S. 306 (308).

164) Vgl. § 262 BGB.

des Geldbetrages vom jeweiligen Preis der Warenmenge gegeben sein kann ¹⁶⁵⁾. Ebenso bedarf eine Ersetzungsbefugnis zu Gunsten des Gläubigers dann keiner Genehmigung, wenn er kraft dieser Ersetzungsbefugnis anstatt der zunächst geschuldeten Sachleistung eine genau bestimmte, also eine nicht von dem jeweiligen Marktpreis abhängige Sachleistung verlangen kann. Auch in diesem Fall wird die Deutsche Mark nicht unmittelbar zu einer dritten Größe in Beziehung gesetzt ¹⁶⁶⁾.

Ein Wahlschuldverhältnis kann aber auch so abgefaßt werden, daß der zu zahlende Geldbetrag von dem am Fälligkeitstag des Erbbauzinses gültigen Marktpreis der geschuldeten Sachleistung abhängig gemacht wird. Durch diese Ausgestaltung der Klausel wird eine direkte Beziehung zwischen der Deutschen Mark und einer dritten Vergleichsgröße geschaffen. Nach allgemeiner Auffassung ¹⁶⁷⁾ ist eine derartige Klausel nach § 3 WährG genehmigungsbedürftig.

Dem Landgericht München ¹⁶⁸⁾ lag folgende Klausel zur Entscheidung vor: Die Beteiligten vereinbarten schuldrechtlich, daß der Grundstückseigentümer berechtigt sein soll, die ihm als Erbbauzins dinglich geschuldete Sachleistung sich dadurch ersetzen zu lassen, daß ihm hierfür der am Fälligkeitstag gültige Marktpreis der Sache zu entrichten ist.

Diese Klausel ist rechtlich als eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers zu qualifizieren ¹⁶⁹⁾. Nach dem Vertrag soll zunächst nur eine Forderung auf die Sachleistung entstehen und bestehen bleiben, wenn sich die Rechtslage nicht ändert. Der Grundstückseigentümer hat sich die Befugnis vorbehalten, die ursprünglich allein vereinbarte Forderung zu verändern. Er darf statt dieser eine andere, nämlich eine Geldzahlung verlangen und zwar so, daß erst mit deren Bewirkung die insoweit auflösend bedingte Sachleistungsschuld erlischt ¹⁷⁰⁾. Das Landgericht kam damals zu dem Ergebnis, daß diese Wertsicherungsklausel nicht von der Genehmigungspflicht nach § 3 S. 2 WährG erfaßt werde ¹⁷¹⁾. Es begründet seine Meinung damit, daß im Gegensatz zum Wahlschuldverhältnis in diesem Vertrag eindeutig nur Sachleistungen als dinglicher Erbbauzins gewollt seien. Die Ersetzungsbefugnis beziehe sich nur auf die einzelnen Jahresbeträge. Der Geldbetrag sei nicht Schuldgegenstand wie beim Wahlschuldverhältnis sondern nur eine Befreiungsmöglichkeit.

165) So auch Lange NJW 1957 S. 252; Reithmann DNotZ 1960 S. 191 f..

166) Ebenso OLG Celle DNotZ 1955 S. 315.

167) Vgl. BGH BB 1959 S. 1006 Nr. 1720 und BGH BB 1962 S. 815 Nr. 1330.

168) DNotZ 1952 S. 220 ff..

169) Vgl. zum Begriff der Ersetzungsbefugnis zu Gunsten des Gläubigers Regelsberger JheringsJ 16 S. 159 ff..

170) So RGZ 132 S. 14.

171) Siehe Fußnote 168.

Dieser Argumentation des Landgerichts kann nicht gefolgt werden. Der dogmatische Unterschied zwischen einem Wahlschuldverhältnis und einer facultas alternativa zu Gunsten des Gläubigers ist nicht so bedeutend, daß eine ungleiche Behandlung hinsichtlich der Genehmigungsbefürftigkeit nach § 3 S. 2 WährG gerechtfertigt wäre, zumal es wirtschaftlich betrachtet vollkommen gleichgültig ist, welche Klausel vereinbart ist. Der Grundstückseigentümer kann sowohl im Falle eines Wahlschuldverhältnisses als auch bei einer Ersetzungsbefugnis am Fälligkeitstag des Erbbauzinses anstelle der Sachleistung den zu ihrer Beschaffung erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dogmatisch besteht der Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten nur darin, daß beide Leistungen nicht in derselben rechtlichen Ebene liegen. Beim Wahlschuldverhältnis besteht ein einheitlicher Anspruch, dessen Gegenstand aber zunächst noch unbestimmt ist (*duae res in obligatione, una res in solutione*). Dagegen wird bei der facultas alternativa schlechthin nur eine Leistung geschuldet, der Gläubiger ist aber berechtigt, sich den ursprünglich geschuldeten Gegenstand durch einen anderen ersetzen zu lassen (*una res in obligatione, duae res in solutione*) ¹⁷²⁾.

Wenn der Grundstückseigentümer von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, dann schuldet der Erbbauberechtigte neben dem Sachzins auch den entsprechenden Geldbetrag. Zu diesem Zeitpunkt wird eine direkte Beziehung zwischen der Währung und einem dritten Vergleichsmaßstab hergestellt. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß im Zeitpunkt der Ausübung der Ersetzungsbefugnis die vertraglich vereinbarte Menge der Vergleichsware einen bestimmten Preis hat und deshalb eine Abhängigkeit des Geldbetrages von einer dritten Bezugsgröße nicht gegeben ist. Denn nach dem Sinn und Zweck des § 3 WährG ist eine Klausel genehmigungspflichtig, wenn nicht von vornherein die zu leistende Warenmenge und der Geldbetrag ziffernmäßig bestimmt sind. Durch die Vereinbarung einer Ersetzungsbefugnis entsteht zwar im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine direkte Beziehung zwischen Sachleistung und Deutscher Mark, da zunächst nur die Sachleistung geschuldet wird. Die verbotene Beziehung wird aber durch die Ausübung der Ersetzungsbefugnis hergestellt. In diesem Zeitpunkt bestimmt sich die zu leistende Geldsumme nach dem Marktpreis der Ware. Die Geldleistung ist also nicht von vornherein ziffernmäßig bestimmt sondern vom Wert der Vergleichsgröße abhängig. Deshalb enthält eine so abgefaßte Ersetzungsbefugnis entgegen der Meinung des LG München eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel ¹⁷³⁾.

172) So auch Enneccerus-Lehmann § 10 II; anders Pescatore S. 259, der jeden Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten verneint.

173) So auch Dres und Reinicke in DNotZ 1952 S. 224; ähnlich OLG München BB 1958 S. 786 Nr. 1424 für den Fall einer Darlehensschuld.

Zu der Genehmigungsbedürftigkeit der sog. Gleitklauseln nach § 3 S. 2 WährG hat sich ein umfangreiches Schrifttum ¹⁷⁴⁾ entwickelt. In zahlreichen Fällen wurden auch die Gerichte mit derartigen Wertsicherungsklauseln befaßt ¹⁷⁵⁾. Aufgabe dieser Arbeit kann es nur sein, die Grundsätze, die für die Auslegung des § 3 WährG im Hinblick auf die schuldrechtlichen Gleitklauseln beim Erbbauzins maßgebend sind, herauszustellen.

Grundsätzlich ist festzustellen, daß eine Genehmigung nach § 3 WährG für Wertsicherungsklauseln nur dann erforderlich ist, wenn eine Änderung der vereinbarten Vergleichsgröße unmittelbar und zwangsläufig - also automatisch - auch eine Änderung der durch die Klausel gesicherten Geldschuld auslösen soll. Das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer genehmigungspflichtigen Wertsicherungsklausel ist der Umstand, daß die Klausel ohne jedes weitere Zutun der Vertragsparteien selbsttätig zu einer Anpassung der wertgesicherten Geldforderung an jede Änderung der Vergleichsgröße, also des Wertmessers führt. Wenn sich dagegen die Änderung der Vergleichsgröße nur mittelbar auf die Geldschuld auswirkt, so liegt kein Anwendungsfall des § 3 WährG vor. Der geschuldete Betrag wird hier nicht unmittelbar und auch nicht zwangsläufig durch den künftigen Preis anderer Güter oder Leistungen bestimmt. Die Höhe des zu zahlenden Betrages bleibt zunächst unbestimmt, jedoch bestimmbar; die Veränderung der Bezugsgröße bildet nur die Voraussetzung für die Änderung der Geldschuld, deren Höhe auf Grund von Verhandlungen der Entwicklung der Bezugsgröße angepaßt und neu festgesetzt werden muß. Diese Art von Klausel wird als Leistungsvorbehalt ¹⁷⁶⁾ bezeichnet, der genehmigungsfrei ist.

Zur Kennzeichnung des Unterschiedes zwischen einer genehmigungspflichtigen Wertsicherungsklausel und eines genehmigungsfreien Leistungsvorbehaltes soll folgendes Beispiel dienen:

Die Parteien vereinbaren schuldrechtlich, daß sich der monatliche Erbbauzins von 1200 DM in dem gleichen prozentualen Verhältnis verändert, in dem das Anfangsgrundgehalt eines unverheirateten Regierungsrates der Ortsklasse A künftig eine Änderung erfährt (genehmigungspflichtig).

Wenn sich das Anfangsgrundgehalt eines unverheirateten Regierungsrates der Ortsklasse A künftig ändert, so ist der Erbbauzins von den Vertragsparteien in angemessener Höhe neu festzusetzen, sofern es Treu und Glauben erfordern (genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt).

174) Vgl. Dürkes, Wertsicherungsklauseln in 6. Auflage 1964 und das dort zitierte Schrifttum.

175) Z. B. BGH BB 1952 S. 88; BGHZ 14 S. 306; BGH BB 1960 S. 344 Nr. 613; BGH BB 1962 S. 737 Nr. 1231.

176) Vgl. Dürkes S. 28 und 29; sowie BGH BB 1963 S. 793 f. Nr. 1224.

Bei einem solchen Leistungsvorbehalt bildet die Veränderung der Vergleichsgröße, hier z.B. ein bestimmtes Beamtengehalt, nur die Voraussetzung für die Änderung der Leistung des Geldschuldners; sie gibt den Anstoß dafür, daß in einem weiteren, selbständigen Akt die gesicherte Geldforderung hinsichtlich ihrer Höhe in irgend einer Form verändert wird, sei es auf Grund von Verhandlungen zwischen den Parteien oder durch ein neutrales Schiedsgericht. Bei einer Wertsicherungsklausel dagegen wird das Beamtengehalt zur bindenden Bezugsgröße gemacht, von der der Umfang der Leistung des Erbbauberechtigten abhängig sein soll ¹⁷⁷⁾.

Seit dem Frühjahr 1961 hat die Deutsche Bundesbank, die für die Erteilung der Genehmigung zuständig ist, die bis dahin geübte Großzügigkeit in der Anerkennung eines genehmigungsfreien Leistungsvorbehaltes stark eingeschränkt. Sie hält seit dieser Zeit nicht nur Wertsicherungsklauseln mit "Automatik-Wirkung" (z.B. eine Änderung der Bezugsgröße um 10 Punkte führt automatisch zu einer Änderung der gesicherten Geldforderung um ebenfalls 10 Punkte) für genehmigungspflichtig. Sie vertritt vielmehr die Auffassung, daß auch solche Leistungsvorbehalte schon einer Genehmigung bedürfen, denen zwar keine Automatik, jedoch ein unbedingter Zwang zu einer Änderung der gesicherten Geldforderung innewohnt, auch wenn das Ausmaß der Veränderung der Geldsumme in das Ermessen der Parteien oder eines Schiedsgerichtes gelegt ist (z.B. bei einer Änderung der Bezugsgröße um 10 Punkte muß eine Anpassung der Geldforderung erfolgen, ohne daß der genaue Umfang der Änderung schon von vornherein feststeht oder sich gar automatisch vollzieht, nämlich gleichfalls um 10 Punkte ändert).

Darüber hinaus hält die Deutsche Bundesbank selbst solche Leistungsvorbehalte für genehmigungspflichtig, in denen die Parteien im Falle der Änderung der Bezugsgröße einen Anspruch auf Anpassung der gesicherten Geldforderung zwar vereinbart haben, die Geltendmachung des Anpassungsanspruches aber keineswegs unbedingt nach dem Wortlaut des Vertrages erfolgen muß, sondern in das Ermessen der Parteien gestellt ist. Denn nach Auffassung der Deutschen Bundesbank nehmen auch in diesem Fall die Parteien nicht genügend Rücksicht auf das "billige Ermessen" im Sinne der §§ 315 und 317 BGB und sie berücksichtigen vor allem nicht in dem erforderlichen Ausmaß die Gesamtumstände des einzelnen Falles, auf die es entscheidend ankommt. Voraussetzung für einen genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt ist also nach Ansicht der Deutschen Bundesbank, daß sowohl die Vertragsparteien als auch die bei einem Scheitern der zunächst vorgesehenen Verhandlungen tätig werdenden Stellen (Schiedsgericht) bei ihrer Entscheidung völlig freie Hand haben müssen, so daß sie ganz frei und nur nach eigenem, billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des einzelnen Falles entscheiden können, ob die Geldforderung überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang geändert werden soll ¹⁷⁸⁾.

177) So der BGH in BB 1960 S. 344 Nr. 613.

178) Nach einer Auskunft der Landeszentralbank in Bayern.

Eine Stellungnahme des Bundesgerichtshofes zu dieser einengenden Auslegung des § 3 WährG durch die Deutsche Bundesbank liegt bisher nicht vor. Der BGH hat es zwar in seiner Entscheidung vom 4. 6. 1962¹⁷⁹⁾ dahingestellt sein lassen, ob der Standpunkt der Deutschen Bundesbank zu billigen ist. Er hat aber ausdrücklich betont, daß die Gerichte an diese Auffassung der Bundesbank nicht gebunden, sondern vielmehr berechtigt sind, die Vorschrift des § 3 WährG selbständig und ohne Rücksicht auf den Standpunkt der Bundesbank auszulegen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel nur dann vor, wenn zwischen der Veränderung der Bezugsgröße einerseits und der gesicherten Geldforderung andererseits eine "Automatik" besteht¹⁸⁰⁾. Fehlt aber diese Automatik in der Klausel, so liegt ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt auch dann vor, wenn der Geldschuldner von allem Anfang an zur Neufestsetzung der Geldschuld dem Grunde, nicht aber der Höhe nach verpflichtet ist, wenn also mit den Worten der Deutschen Bundesbank ausgedrückt auf Verlangen des Gläubigers die Geldschuld in jedem Fall der Vergleichsgröße nach billigem Ermessen angepaßt werden muß.

Die verschiedenen Ansichten des BGH und der Deutschen Bundesbank sind darauf zurückzuführen, daß die Worte "bestimmt wird" in dem Schlußsatz des § 3 WährG weiter oder enger ausgelegt werden können. Die Deutsche Bundesbank vertritt die Auffassung, daß Sinn und Zweck des § 3 WährG eine etwas weitere Auslegung des Wortes "bestimmt" erfordern und daß eine solche - keineswegs extensive, sondern lediglich sinnvolle - Auslegung mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren und besonders im Hinblick auf die Aufgaben des Währungsgesetzes unbedingt erforderlich sei.

Selbst wenn man eine gewisse Mehrdeutigkeit des Wortes "bestimmt" für möglich hält, muß man doch an der engen Auslegung dieser Textstelle streng nach ihrem Wortsinn festhalten, da nach übereinstimmender Auffassung¹⁸¹⁾ eine die Vertragsfreiheit einschränkende Ausnahmebestimmung immer eng nach ihrem eigentlichen Wortlaut auszulegen ist. Bei dieser, mit den herrschenden Auslegungsgrundsätzen übereinstimmenden Auffassung ist eine Geldleistung endgültig und vor allem ziffernmäßig genau erst dann durch die Bezugsgröße bestimmt, wenn die Geldschuld allein an Hand der Klausel selbst, also ohne jedes außerhalb der Klausel liegende Tun fest beziffert werden kann, wenn also mit den Worten des Bundesgerichtshofes¹⁸²⁾ die Änderung der Vergleichsgröße nicht nur Voraussetzung für eine neu zu treffende Vereinbarung über die Höhe der Geldleistung,

179) BB 1962 S. 737 Nr. 1231.

180) Z.B. BGH BB 1960 S. 118 Nr. 222; BB 1958 S. 1220 Nr. 2131; BB 1963 S. 497 Nr. 811.

181) Siehe Fußnote 163.

182) BGH BB 1963 S. 793 f. Nr. 1224.

sondern bereits bindender Maßstab für deren Berechnung ist, ohne daß den Parteien ein freier Spielraum für eine neue Einigung bleibt. Solange also eine Wertsicherungsklausel keine Automatikwirkung enthält, wird sie nicht von dem Tatbestand des § 3 WährG erfaßt.

Nach allgemeiner Auffassung ¹⁸³⁾ bedarf auch eine sog. Spannungsklausel, d. h. eine Vereinbarung, nach der sich der für ein bestimmtes Gut oder wegen einer bestimmten Leistung geschuldete DM-Betrag in demselben Verhältnis ändern soll wie der Preis oder der Wert gleichartiger Güter oder Leistungen, keiner Genehmigung nach § 3 WährG. Mit dem Ausdruck "Spannungsklausel" wird eine Beziehung festgehalten, die zwischen zwei Geldleistungen auch in Zukunft bestehen bleiben soll, die der Schuldner aus im wesentlichen gleichartigen Rechtsgründen, wie die vergleichbare Leistung zu erbringen hat ¹⁸⁴⁾. Das Wesentliche dabei ist, wie Fögen ¹⁸⁵⁾ mit Recht hervorhebt, daß es sich hier nicht um die Festsetzung der Rente nach dem Preis oder Wert einer anderen Leistung, d. h. der Leistung eines anderen handelt, sondern daß der Wert dessen, wofür die eigene Geldleistung gemacht werden soll, an Hand der anderen gleichartigen Leistung lediglich neu eingestuft wird. Gleichartigkeit der einander gegenübergestellten Leistungen ist z. B. bei der Koppelung einer Versorgungsrente mit den Pensionsleistungen des Staates an eine bestimmte Beamtengruppe gewährleistet, wenn der Rentenempfänger früher in einer vergleichbaren Stellung beschäftigt war. Hier ergibt sich der gleichartige Rechtsgrund aus den auf beiden Seiten bestehenden Arbeitsverhältnissen, so daß auf beiden Seiten Arbeitsleistungen miteinander verglichen werden. Die frühere Leistung des Ruhegehaltsempfängers wird an Hand eines gleichen Maßstabes nur neu bewertet.

Der Wortlaut des § 3 WährG zwingt an sich nicht dazu, die Spannungsklausel auf den Kreis von Versorgungsbezügen zu beschränken. Immer muß es sich aber um die Koppelung von zwei gleichen oder zumindest vergleichbaren Leistungen handeln, nicht um die Gegenüberstellung von sach- und artfremden Leistungen ¹⁸⁶⁾. Bei der Wertsicherung des Erbbauzinses durch eine sog. Spannungsklausel liegen die Schwierigkeiten in der Bestimmung der Grenzen der Gleichartigkeit der miteinander verglichenen Leistungen. Eine solche Gleichartigkeit liegt sicher nicht vor, wenn der Erbbauzins an ein bestimmtes Beamtengehalt gekoppelt ist, auch wenn die Zinsleistungen in Form einer lebenslänglichen Rente den Unterhalt des

183) Vgl. dazu BGH BB 1952 S. 88 Nr. 229 mit Anm. von der Goltz; BGH BB 1954 S. 976 Nr. 1773; Fögen BB 1958 S. 1259 (1261 zu 4).

184) So der BGH amtliche Sammlung Bd. 14 S. 308.

185) NJW 1953 S. 1323.

186) So der BGH in BB 1960 S. 344 f. .

Erbbausgebers sicherstellen sollen. Bei der Gegenüberstellung der Arbeitsleistung eines Beamten und einer Erbbauzinsleistung, deren Rechtsgrund in der Bestellung des Erbbaurechts liegt, kann nicht davon gesprochen werden, daß die eine Leistung an Hand der anderen lediglich klassifiziert wird, sondern man kann nur zu dem Ergebnis kommen, daß es sich bei dieser Gegenüberstellung um einen tatsächlichen Vergleich mit anderen, d. h. sach- und artfremden Leistungen handelt, der nur eine kommende Geldentwertung ausgleichen soll ¹⁸⁷⁾. Die Koppelung des Erbbauzinses an ein bestimmtes Beamtengehalt ist daher eine echte Wertsicherungsklausel, die der Genehmigung nach § 3 WährG bedarf.

Der Bundesgerichtshof ¹⁸⁸⁾ hat eine Zusatzklausel für genehmigungsfrei zulässig erklärt, in der die Höhe des Erbbauzinses vom allgemeinen Zinsniveau und vom künftigen Verkehrswert des Erbbaugrundstücks abhängig gemacht worden war. Das Gericht hat seine Entscheidung damit begründet, daß der Erbbauzins weder mit einer anderen Währung noch mit dem Preis von anderen als den geschuldeten Gütern und Leistungen, insbesondere nicht mit solchen anderer Art in Beziehung gesetzt wurde.

Soweit das Zinsniveau von den Parteien als Maßstab herangezogen wurde, bestehen gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofes keine Bedenken, da in § 3 WährG das allgemeine Zinsniveau als Wertmaßstab nicht erwähnt ist. Soweit es aber auf den allgemeinen Verkehrswert des Erbbaugrundstücks ankommt, kann nicht bezweifelt werden, daß ein Wertmaßstab im Sinne des § 3 WährG vorliegt. Durch die Koppelung von Erbbauzins und Verkehrswert des Grundstücks entsteht entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofes keine Spannungsklausel. Es fehlt an einem gleichartigen Vergleichsmaßstab. Denn der Erbbauzins beinhaltet kein selbständiges Nutzungsrecht, er ist vielmehr die Gegenleistung für die Einräumung des dinglichen Nutzungsrechts an dem belasteten Grundstück ¹⁸⁹⁾. Der Verkehrswert eines Grundstücks dagegen wird als derjenige Preis definiert, der unter normalen Verhältnissen im gesunden Grundstücksverkehr erzielt werden kann ¹⁹⁰⁾. Im Vergleich zu jenem Nutzungsrecht kann aber der als Bezugsgröße gewählte Verkehrswert des Erbbaugrundstücks nicht als gleichartig angesehen werden. Der Erbbauzins wird nicht an Hand des Verkehrswertes des Grundstücks lediglich neu eingestuft. Es handelt sich vielmehr um einen wirklichen Vergleich zwischen sach- und artfremden Leistungen, so daß eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel entgegen

187) Vgl. Dürkes S. 79; BGHZ 14 S. 308 ff.

188) DNotZ 1957 S. 300 ff. Nur Leitsatz veröffentlicht.

189) Vgl. Vermögenssteuer-Richtlinien von 1960 Abschnitt 63 Abs. 2; BFH BB 1959 S. 880 Nr. 1530; Troll BB 1963 S. 930 (932).

190) BGHZ 39 S. 204; § 141 BBauG.

der Auffassung des BGH vorliegt ¹⁹¹⁾.

In seinem Urteil vom 10. 2. 1960 ¹⁹²⁾ hat es der Bundesgerichtshof als zweifelhaft bezeichnet, ob die Anpassung des Erbbauzinses an die Entwicklung der Mietpreise für die auf Grund des Erbbaurechts errichteten Wohnungen noch eine Spannungs Klausel darstellt. Aus hier nicht näher interessierenden Gründen brauchte der BGH diese Frage nicht zu entscheiden. Er neigt aber in jenem besonderen Fall dazu, eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel anzunehmen, ohne allerdings eine eingehende Begründung dafür zu geben. Bei einer solchen Klausel geht es darum, ob die Leistungen des Erbbauverpflichteten einerseits und die Leistungen des Vermieters andererseits vergleichbar sind oder, ob es sich um sach- und artfremde Leistungen handelt. Die Leistung des Grundstückseigentümers besteht in der Gewährung des Erbbaurechts. Dieser überläßt das Grundstück dem Erbbauberechtigten zur Bebauung. Bei der Vermietung, die mit dieser Leistung in Bezug gesetzt wird, stellt der Vermieter Räume zur Verfügung. Die beiden Leistungen sind zwar insoweit miteinander vergleichbar, als auf beiden Seiten Sachleistungen einander gegenübergestellt werden (Überlassung von Baugrund - Überlassung von Räumen). Es fehlt aber an einer näheren Beziehung zwischen den beiden Leistungen, wie sie z. B. bei Dienstleistungen gegeben ist, die nur zwecks Klassifizierung der Gegenleistung miteinander verglichen werden. Der Erbbauausgeber erbringt ohne Zweifel eine rechtlich andere Leistung als der Vermieter. Auch wirtschaftlich betrachtet besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Überlassung von Baugrund und der Vermietung von Wohnungen. Die Koppelung von Erbbauzins und Mietzins bedeutet daher keine Einstufung der einen Leistung an Hand einer im wesentlichen gleichartigen Leistung, sondern die Gegenüberstellung bewirkt einen echten Vergleich zwischen zwei sach- und artfremden Leistungen. Auch in diesem Fall handelt es sich also um eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel.

Wenn es den Parteien zweifelhaft erscheint, ob ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt, bzw. eine genehmigungsfreie Spannungs Klausel oder eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel vorliegt, so kann von der Deutschen Bundesbank ein sog. Negativattest eingeholt werden. Damit wird bescheinigt, daß die geprüfte Klausel nicht von § 3 WährG erfaßt wird. Dieses Negativattest hat zwar keine Bindungswirkung für die Gerichte. Es führt aber regelmäßig dazu, daß die

191) Im Ergebnis ebenso Ripfel BWNotZ 1963 S. 134 ff. Szagunn BB 1955 S. 969 ff. Auch das Grundbuchamt Karlsruhe - bestätigt durch das Landgericht Karlsruhe - hat bei einer ähnlich abgefaßten Klausel die Genehmigungsbefreiung bejaht (zitiert bei Dürkes S. 142 Fußnote 266b,

192) BB 1960 S. 344 Nr. 613.

Gerichte die Klausel im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit § 3 WährG nicht mehr überprüfen. Wenn die bevorzugt zum Schutze der Währung berufene Behörde, nämlich die Deutsche Bundesbank erklärt, daß ein Rechtsgeschäft unter diesem Gesichtspunkt unbedenklich ist, so fehlt für die gerichtliche Prüfung der Frage, ob durch die fragliche Vereinbarung nicht doch die Währung gefährdet werde, das Rechtsschutzbedürfnis ¹⁹³⁾.

Wenn zwischen den Parteien eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel zwar vereinbart, die Genehmigung durch die Deutsche Bundesbank aber aus irgendwelchen Gründen unterblieben ist, so ist die Klausel insoweit schwebend unwirksam, als gerade aus dieser Vertragsbestimmung Ansprüche hergeleitet werden sollen ¹⁹⁴⁾. Durch eine später eingeholte Genehmigung wird die schwebende Unwirksamkeit beseitigt und die Klausel ihrem ganzen Inhalt nach rückwirkend gültig, da die Genehmigung rückwirkende Kraft hat ¹⁹⁵⁾. Wenn aber feststeht, daß die Deutsche Bundesbank die Genehmigung auf keinen Fall erteilen wird, so ist die Klausel endgültig und zwar ex tunc nichtig ¹⁹⁶⁾. Dieser Mangel wird auch nicht durch die Eintragung des Erbbaurechts in das Erbbaugrundbuch gemäß § 11 Abs. 2 ErbbVO in Verbindung mit § 313 S. 2 BGB geheilt. Denn die Eintragung heilt nur Formmängel im Sinne des § 313 S. 1 BGB, also die Verletzung der notariellen Form, nicht aber das Fehlen von behördlichen Genehmigungen ¹⁹⁷⁾. Ob die Nichtigkeit der Wertsicherungsklausel auch den ganzen Erbbaurechtsbestellungsvertrag ergreift, beurteilt sich nach § 139 BGB. Nach dieser Vorschrift erfaßt die Teilnichtigkeit das gesamte Rechtsgeschäft, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der gesamte Erbbaurechtsbestellungsvertrag nichtig ist, weil bei der heutigen dauernden Geldentwertung die Wertsicherung des Erbbauzinses für den Erbbauausgeber von entscheidender Bedeutung ist. Um die Folgen des § 139 BGB zu vermeiden, muß den Vertragspartnern dringend geraten werden, im Vertrag festzulegen, daß die etwaige Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel nicht auch den gesamten Erbbaurechtsvertrag ergreift.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die schuldrechtlichen Wertsicherungsklauseln dann der Genehmigung der Deutschen Bundesbank bedürfen, wenn sie nicht in Form eines Leistungsvorbehalts bzw. einer Spannungsklausel abgefaßt sind.

193) So der BGH in der amtlichen Sammlung Bd. 1 S. 294 (301).

194) Vgl. BGHZ 14 S. 313.

195) § 184 BGB; vgl. dazu BGH DNotZ 1959 S. 581.

196) So der BGH in BB 1959 S. 1079 Nr. 1835.

197) So die herrschende Meinung; vgl. Soergel-Siebert § 313 Anm. 34 BGB.

Man darf die Bedeutung der Wertsicherungsklausel nicht überschätzen. Schwierigkeiten treten insbesondere bei der Vereinbarung eines Wahlschuldverhältnisses (Geldleistung und Sachleistung) auf, da im allgemeinen in Krisenzeiten die Zwangsbewirtschaftung von zahlreichen Gütern verfügt wird und Festpreise vorgeschrieben werden, so daß das Schuldverhältnis letztlich doch auf eine Geldleistung beschränkt wird. Die Festpreise berücksichtigen den eingetretenen Währungsverfall nicht und geben daher auch nicht den wahren Wert der zwangsbewirtschafteten Ware wieder. In solchen Zeiten nützt also eine derartige Klausel nicht viel. Bei der Anpassung des Erbbauzinses an eine bestimmte Gehaltsgruppe tritt diese Gefahr nicht so deutlich in Erscheinung. Zwar kann auch ein Lohn- oder Gehaltsstop verfügt werden, grundsätzlich muß aber die Höhe der Gehälter das Existenzminimum gewährleisten. Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß nur die Anpassung des Erbbauzinses an Lohn- oder Gehaltsgruppen einen ausreichenden Schutz für die Grundstückseigentümer bietet.

L E B E N S L A U F

Ich, Matthias Ostermeier, bin am 16. November 1938 als Sohn der Land- und Gastwirtseheleute Josef und Sophie Ostermeier, geb. Scheidt, in Gütelsdorf, Landkreis Freising, geboren.

Vom September 1944 bis Juli 1949 besuchte ich die Volksschule in Attenkirchen. Im September 1949 trat ich in die erste Klasse des Domgymnasiums in Freising ein. Dort erhielt ich im Juli 1958 das Reifezeugnis. Von November 1958 bis Juli 1962 studierte ich acht Semester Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Im März 1963 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. April 1963 leiste ich meinen juristischen Vorbereitungsdienst ab. Zur Zeit bin ich als Referendar bei der Stadtverwaltung in Freising beschäftigt.

